Die Nachgründung im Aktienrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Hans Jaeger

Referendar.

Berichterstatter:

Professor Dr. Ruth.

1937

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite:

§ 1. Wesen der Nachgründung 1
I. Wirtschaftliche Bedeutung 1
II. Zweck des Gesetzes 2

§ 2. Der Vorgang der Nachgründung und die rechtlichen Erfordernisse des § 207 HGB. 4

§ 3. Gegenstand, zeitliche und wertmäßige Begrenzung der Nachgründung . 6
I. Bewegliche und unbewegliche Sachen 6
II. Rechte 12
III. Beteiligungen 14
IV. Zeitliche Begrenzung 17
V. Wertgrenze 18

§ 4. Rechtslage bis zum Beschluß der Generalversammlung 19
I. Keine Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB 19
II. Widerruflichkeit 20
III. Anfechtbarkeit 31
IV. Schicksal
1. des obligatorischen und des dinglichen Vertrages 35
2. des Grundstücksvertrages 43

§ 5. Der Beschluß der Generalversammlung 45
I. Zustimmung vor Abschluß des Vertrages 45
1. zu einem bereits feststehenden Vertrag 45
2. zu inhaltlich noch unbestimmten Verträgen („Blankovollmacht des Vorstandes") 46
II. Zustimmung nach Abschluß des Vertrages 48
III. Ablehnung der Genehmigung 48
IV. Die verschiedenen Stimmenmehrheiten 48

§ 6. Die Anfechtung des GV.-Beschlusses 49
I. Voraussetzung der Anfechtung: Fehlende Prüfung durch den Aufsichtsrat 49
II. Bei Nichtanfechtung Wirksamwerden des GV.-Beschlusses . . 50

§ 7. Nachgründungsvereinbarungen im Gründungsstadium (§ 208 HGB.) . 51
I. Vereinbarungen durch die Organe der werdenden Aktiengesellschaft 51
II. Konsortialabreden 59
III. Haftung der Gründer 61
1. Voraussetzungen für die Haftung 61
2. Umfang und Grundlage der Haftung 62
IV. Heilung der verschleierten Sachgründung 68

§ 8. Inwieweit bedarf § 207 HGB. der gesetzgeberischen Reform? . . 78

Literaturverzeichnis.

Amtlicher Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes 1931. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. (Entwurf II).

Behrend, J. Fr.: Lehrbuch des Handelsrechts, 1886.

Brand, Arthur: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 1911.

Brodmann, Erich: Aktienrecht mit Kommentar, 1928.

Cohnitz, Ernst: J.W. 1930, S. 2643.

Cosack, Konrad: Lehrbuch des Handelsrechts, 1930 12. Auflage.

Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I, 1900.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, III. Band, 1. Teil (erläutert von Fritz Bing, Julius Flechtheim, Max Hachenbrug) 3. Auflage 1934.

Endemann, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, 1903, 9. Auflage.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Erster Band, Einleitung, Allgemeiner Teil. 13. Bearbeitung, 1931.

Feine, Hans Erich: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, III. Band, 3. Abteilung, 1929.

Fischer, Rudolf: Die Aktiengesellschaft. In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 1916, Band III, 1. Abteilung.

Fischer, Rudolf: Leipzig Zeitschrift 1912, S. 591. Aufsatz: Verschleierte Sachgründung.

— Die Gründungsrevision sowie die fortlaufende Revision bei Aktien- und Gesellschaften m.b.H. de lege lata et ferenda. In Gruch. Beiträge 64, S. 657 ff., bes. 661.

Flechtheim, Julius: J.W. 1929, S. 2105 f., Aufsatz: Die Heilung verschleierter Sachgründung.

Frantz, Walter: Bindung des Stimmrechts durch Vereinbarung. Dissertation Halle, 1932.

Friedländer, Heinrich: Aktienrecht 1932.

Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Auflage, 1934.

Geiler, Karl: Über die Nachgründung. In J.W. 1929, S. 2924 f.

v. Gierke, Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 4. Auflage 1933.

Goldmann, Ludwig: Ist bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfügungsgeschäft und Ungültigkeit des ersteren § 139 BGB. anwendbar? In Gruch. Beiträge 56, 161 f.

Goldmann, Samuel: Das Handelsgesetzbuch, 1901—1906.

Goldschmit, Friedrich: Die Aktiengesellschaft, 1927.

— Das neue Aktienrecht, 1932.

— Handelsgesetzbuch, Handkommentar 1929.

Güldenagel, Karl: J.W. 1925, S. 629.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 5. Auflage 1929.

Hachenburg-Bing-Schmidt: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 5. Auflage 1926.

Hagelberg, Ernst: Festschrift für Oberneck 1930, Aufsatz: Die fehlerhafte Sachgründung von Aktiengesellschaften S. 206 ff.

— J.W. 1930, S. 308 f., Aufsatz: Umfaßt der § 186 Abs. IV HGB. auch dingliche Rechtsgeschäfte?

Hallstein, Walter: Die Aktienrechte der Gegenwart 1931.
Hamburger, Georg M.: Aufsatz „Aktiengesellschaft" in „Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes." Herausgegeben von Franz Schlegelberger 1929, Band II, S. 59 f.
Heilbrunn: Aufsatz: Die Bargründung von Aktiengesellschaften mit darauffolgender Einbringung von Vermögenswerten (§ 207 HGB).
Hölder, Eduard: Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900.
Isay, Hermann: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1900.
Jung, Erich: Erörterungen zum Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens. In Dogm. Jahrb. 69, S. 30 ff.
Kayser, Paul: Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, 1884, 1891.
Kißkalt, Wilhelm: Die Aktiengesellschaft im Nationalsozialistischen Staat. In „Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung", herausgegeben von Dr. Hans Frank 1935 S. 1136 ff.
— „Reform des Aktienrechts" in Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. Herausgeber Dr. Hans Frank. Heft 1, 1934, S. 20 f.
Klausing, Friedrich: Reform des Aktienrechts 1933.
Kloß: Eintritt der Aktiengesellschaft in die für sie im Gründungsstadium geschaffenen Rechte und Pflichten. Göttinger Dissertation 1930.
Koenige-Teichmann-Koehler: Handausgabe des Handelsgesetzbuchs 3. Auflage 1932.
Kommentar von Reichsgerichtsräten, Allgemeiner Teil, I. Band, 8. Auflage 1934.
Krüger, Wilhelm: Die Nachgründung im Deutschen Aktienrecht. Göttinger Dissertation 1903.
Lange, Heinrich: Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht. In „Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung", herausgegeben von Dr. Hans Frank 1935, S. 933 f.
Lehmann, Heinrich Theodor: Die Nachgründung im System der Aktiengesellschaft. Dissertation Greifswald 1904.
Lehmann, Karl: Beiträge zur Lehre von den Erwerbsgründen des Aktienrechts. In Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR) 51, S. 373 f.
Lehmann-Hoeniger: Lehrbuch des Handelsrechts, 1923, 3. Auflage.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Band, 2. Auflage 1913.
Lifschütz, Aler: Leipziger Zeitschrift 1927, S. 948, Aufsatz: Die Sachgründung.
Ludewig, Wilhelm: Die Ermächtigung nach Bürgerlichem Recht 1922.
— Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts, 1929. In Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Heymann, Nr. 51.
Makower, H.: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, bearbeitet von F. Makower. I. Band, 1906, 13. Auflage.
Mann, Fritz: Die Sachgründung im Aktienrecht, 1932. In Wirtschaftliche Abhandlungen, herausgegeben von Geiler, Heft 7.
Marcuse: Wirkung der Ungültigkeit des Kausalgeschäfts auf das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft. In Gruch. Beiträge 66, S. 159 ff.
Marcuse, Paul: Die Grundstücksgesellschaft. In Festschrift für Albert Pinner 1932, S. 290 ff.
Matthiaß, Bernhard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. und 7. Auflage 1914.
Motive zum Aktiengesetz vom 11. Juni 1870.
Müller-Erzbach, Rudolf: Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Auflage 1928.
Nußbaum, Arthur: J.W. 1928, S. 629.
Oertmann, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auflage 1927.

Petersen-Pechmann: Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, 1887.
Pinner, Albert: J.W. 1928, S. 2613 Anmerkung.
Planck-Strohal, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 4. Auflage 1913.
Planck-Brodmann-Strecker: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, 5. Auflage 1933.
Predari, C.: Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897, 1913.
Raape, Leo: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1908.
Radkau: J.W. 1922, S. 899, Aufsatz: Undurchsichtige Gründung von Aktiengesellschaften.
Reichel, Hans: Der Begriff der Früchte im römischen Recht und im deutschen BGB. Iher. Jahrbücher 42, S. 205 f.
Ring-Schachian: Die Praxis der Aktiengesellschaft, 1929.
Ritter, Carl: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 2. Auflage 1932.
Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Auflage 1931 mit Nachtrag 1934, 3. Auflage.
— Stellvertretung im Prozeß, 1908.
Rosendorff, Richard: Das Neue Deutsche Aktienrecht 2. Auflage 1932. In: Was müssen die Aktionäre und Verwaltungen vom neuen Aktienrecht wissen?
Rospatt: Die verschleierte Sachgründung der Aktiengesellschaft. In Bank-Archiv 29, 340.
Sander, Reinhold: Die Nachgründung im Deutschen Aktienrecht. Dissertation Göttingen 1930.
Schlegelberger, Franz: Die Gesetze über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 4. Auflage 1935, Band II.
Schreiber, Otto: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1925.
Staub-Pinner: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 14. Auflage 1933.
Staudinger-Loewenfeld-Riezler: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band I, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, 1925.
Staudinger-Kober-Engelmann-Geiler: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, Band II, 9. Auflage, 1929.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 14. Auflage 1929, Band II.
v. Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. In Bindings Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Band II, 1. Hälfte, 1914.
Ungewitter: Gruchots Beiträge, Band 46, S. 690.
Ury, Ludwig: J.W. 1930, S. 1353. Aufsatz: Die rechtlichen Wirkungen nicht genehmigter Nachgründungsverträge.
Wieland, Karl: Handelsrecht, 1. Auflage, 1931. In Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft von Binding.
Wimpfheimer, Heinrich: Zum Begriff der Sorgfaltspflicht von Aufsichtsrat und Vorstand. In Festschrift für Albert Pinner, 1932 S. 636 f., 638, 652.
Wolff, Martin: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III. Band: Das Sachenrecht, 9. Auflage, 1932.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548123_0053

§ 1. Wesen der Nachgründung.

I. Wirtschaftliche Bedeutung.

Unter „Nachgründung" ist ein besonders gearteter Vertrag zwischen der Aktiengesellschaft und einem Dritten zu verstehen, auf Grund dessen die AG. während der ersten 2 Jahre nach ihrer Gründung Gegenstände bestimmter Art erwirbt, deren Wert $^1/_{10}$ des Grundkapitals übersteigt. Ihre gesetzliche Regelung hat die Nachgründung im § 207 HGB. gefunden.

Der Ausdruck „Nachgründung" kennzeichnet den Vorgang nicht zweifelsfrei. Es handelt sich nicht eigentlich um einen Akt der Gründung, da diese formell mit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister abgeschlossen ist. § 207 HGB. betrifft vielmehr Verträge, die eine bereits bestehende AG. voraussetzen; denn die Gesellschaft ist nach dem Gesetz der eine der beiden Vertragsteile, der die im § 207 HGB. vorgesehenen Verträge abschließt. Auf der anderen Seite können sich diese Verträge der Gesellschaft unmittelbar an die Eintragung der AG. ins Handelsregister anschließen und mit den Gründungsakten wirtschaftlich derart eng verbunden sein, daß sie mit diesen in einem weiteren Sinne eine Einheit bilden. Wir haben es hier mit Handlungen der Gesellschaft zu tun, die Cosack[1]), der den Ablauf der Gründung anschaulich in einzelne „Aufzüge" einteilt, mit „Nachspiel" bezeichnet.

Aus diesem Grunde hat die Wissenschaft solche Verträge „Nachgründungsverträge" genannt. Der erste Teil des Wortes weist darauf hin, daß sie begrifflich der Gründung nachfolgen müssen. Der zweite Teil besagt, daß sie trotz ihrer zeitlichen Folge auf die eigentliche Gründung wegen ihres wirtschaftlichen Zusammenhangs mit dieser doch noch als Gründungsakte angesehen werden können.

Der Gesetzgeber hat den Abschluß dieser Verträge erschwert, ähnlich, wie bei Sacheinbringungs- und Sachübernahmeverträgen (§ 186 HGB). Denn sie bringen Gefahren mit sich. Sie sind gefährlich für die Aktionäre und die Gläubiger der Gesellschaft, weil der unbeschränkt vertretungsberechtigte Vorstand der Aktiengesellschaft (§ 235 HGB) ohne die Vorschrift des § 207 HGB. von allen für die Gründung der Aktiengesellschaft

1) Lehrbuch, § 25 am Anfang und § 25 I 7, b.

bestimmten Beschränkungen befreit wäre und mit dem Aktienkapital ohne Rücksicht auf die Belange der Gläubiger und Kapitalsbeteiligten arbeiten könnte. Das aber kann die Gesellschafter und die Gläubiger der AG. schädigen.

II. Zweck des Gesetzes.

Das Gesetz geht von dem praktisch gewöhnlichen Fall aus, daß eine Aktiengesellschaft durch Bargründung entsteht (§§ 182 Nr. 3, 186 HGB.)[2]. Die Gründer bringen in den meisten Fällen das Kapital in bar auf und werden es vermeiden, qualifizierte Gründungen durch Einbringung oder Übernahme von Gegenständen vorzunehmen. Qualifizierte Gründungen sind wegen der Gefahr der Schädigung von Aktionären und Gläubigern einem erschwerten Verfahren unterworfen (§ 186 HGB.). Die Eintragung wird zeitlich wesentlich hinausgerückt. Gründerbericht (§ 191) und Prüfung des Gründungsherganges durch Revisoren (§ 192) sind gesetzliche Erfordernisse, ohne deren Beachtung die Eintragung der Gesellschaft vom Registerrichter verweigert werden muß[3].

Um diesen umständlichen Weg zu vermeiden und möglichst schnell die AG. als solche zur Entstehung zu bringen, werden die Gründer im Gründungsstadium das gesamte Grundkapital in bar selbst aufbringen und alle Aktien übernehmen (§ 188 HGB.)[4].

Tatsächlich mögen die Gründer die Übernahme von Gegenständen für die künftige AG. fest in Aussicht genommen haben. Den Übernahmevertrag selbst werden sie aber erst nach Eintragung der Gesellschaft schließen, um die Revisorenprüfung zu vermeiden. Wenn auch die Gründer materiell das Gesetz zu umgehen suchen, indem sie den Abschluß des bereits bestehenden Vertrages in die Zeit nach der Eintragung der Gesellschaft verlegen, so ist doch formell eine Gesellschaft durch Bargründung entstanden.

---

2) Aus der Druckschrift der Novelle von 1884 S. 96 ergibt sich: Der Gesetzgeber hat ursprünglich überhaupt nur die Bargründung der AG. als Normalfall ins Auge gefaßt und die Zulassung von Einlagen, die auf das Grundkapital anzurechnen wären, als Anomalie bezeichnet. Vgl. dazu Cohnitz, JW. 1930, S. 2645 f. Hagelberg S. 214 sagt dazu: „Die Sachgründung erfreut sich in Verkehrskreisen keiner großen Beliebtheit. Die Erfahrung der Notare bestätigt die Abneigung des Publikums gegen die Sachgründung."

3) Goldschmit, Handelsgesetzbuch (1929) § 186, Anm. 22.

4) sog. Simultangründung. Anders bei der Sukzessivgründung (§ 189 I), bei der die Aktien von dem Publikum übernommen werden, einer Gründungsart, die in Deutschland kaum vorkommt. So Müller-Erzbach, Lehrbuch (1928) Kapitel 51, IV.

Das Gesetz hat im § 186 HGB. die qualifizierte Sachgründung besonders erschwert, und zwar wegen der schlechten Erfahrungen, die man in den Gründerjahren mit den auf unsolider Grundlage aufgebauten Aktiengesellschaften gemacht hatte. Bei der Schaffung des Handelsgesetzbuches ging man davon aus, daß bei einer Sachgründung die Werte der eingebrachten Gegenstände schwierig abzuschätzen seien, die Herstellung einer gesunden Grundlage der AG. aber wesentlich von einer getreuen Offenlegung dieser Werte und der dafür gewährten Gegenleistung abhänge. Das sollte § 186 HGB. gewährleisten. Man glaubt, den Aktionären auf diese Weise ein Höchstmaß von Garantie für eine solide Gründung der Gesellschaft zu geben; denn durch die Einstellung der eingebrachten Gegenstände in die Satzung und die gleichzeitige Feststellung der dafür zu gewährenden Anzahl von Aktien oder der sonstigen Vergütung ist die Publizität dieser Vorgänge gewahrt und jedem Aktionär Einblick in die Gründungsverträge ermöglicht. Eine Übervorteilung der Aktionäre durch ein zu großes Mißverhältnis zwischen Sacheinlage und Gegenwert in Aktien oder Geld kann schwerlich eintreten; denn neben der Offenlegung der Verträge ist ein Gründerbericht zu erstatten, der die Umstände darzulegen hat, aus denen sich die Angemessenheit der Beträge ergibt, die für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährt wurden (§ 191 Abs. I HGB.). Weiter bedarf es in jedem Fall einer Prüfung durch besondere amtlich bestellte Revisoren (§ 192 II HGB.).

Es kann demnach kaum der Fall eintreten, daß unlautere Gründer Sacheinlagen überbewerten, sich dadurch unverhältnismäßig hohe Gegenleistungen in Aktien oder Geld gewähren und dann die AG. mit einem Grundkapital eintragen lassen, das sie in Wirklichkeit gar nicht besitzt.

Der Gesetzgeber hat sich aber nicht nur damit begnügt, die Sachgründung zu erschweren. Durch Einfügung des § 207 HGB. im Anschluß an die eigentlichen Gründungsvorschriften gibt er kund, daß ein gewisses Mißtrauen gegenüber den Gründern auch noch während der ersten zwei Jahre nach Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister angezeigt ist. Das ist verständlich. Der erste Aufsichtsrat und — wenn dies die Satzung bestimmt — auch der erste Vorstand werden von den Gründern gewählt (§ 190 Abs. I III HGB.). Enthält die Satzung nichts über die Wahl des Vorstands, so wählt ihn die Generalversammlung, die aber ihrerseits auch wieder aus den Gründern besteht (§ 190 HGB.). Demnach haben die Gründer einen so bestimmenden Einfluß auf den aus ihren

eigenen Reihen gewählten Vorstand, daß dieser voraussichtlich alle von den Gründern gewollten Geschäfte abschließt.

Auch kurze Zeit nach der Gründung kann sich das für die Gesellschaft und ihre Aktionäre nachteilige Geschäftsgebaren gewissenloser Gründer in gleicher Weise auswirken, wie während des Gründungsstadiums selbst. Der unbeschränkt vertretungsberechtigte Vorstand (§ 235 I II HGB.), der aus den Gründern besteht, könnte durch umfangreiche Anschaffung von Grundstücken und dauernd dem Geschäftsbetriebe bestimmten Anlagen (§ 207 HGB.) die Aktionäre schwer schädigen, indem er die erworbenen Gegenstände in ihrem Wert zu hoch veranschlagt. Damit würde Aktienkapital in die Hände des Vorstands oder von Dritten fließen. Für die Gesellschaft würden in der Bilanz Sachwerte erscheinen, die in dieser Höhe nicht vorhanden wären. Dieser die Aktionäre benachteiligenden Tätigkeit soll durch die Befragung der Generalversammlung in den ersten 2 Jahren nach der Gründung ein Riegel vorgeschoben werden: Die Mehrheit der in der GV. abstimmenden Aktionäre hat die Macht, die vom Vorstande abgeschlossenen Verträge zu genehmigen oder abzulehnen, je nachdem ihr der Erwerb der Gegenstände vorteilhaft erscheint oder nicht. Daß die Nachgründung die Gefahr der Benachteiligung der Aktionäre nicht nur theoretisch in sich birgt, zeigen Ereignisse aus früheren Jahren: Die Erfahrung in den Gründerjahren hat gelehrt[5]), daß die Gründer häufig ihr eigenes Interesse dem der AG. vorgehen lassen.

§ 2. Der Vorgang der Nachgründung und die rechtlichen Erfordernisse des § 207 HGB.

§ 207 HGB. spricht von Verträgen, die der Vorstand mit einem Dritten vor Ablauf von zwei Jahren seit Eintragung der Aktiengesellschaft ins Handelsregister abschließt. Derartige Verträge bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Generalversammlung, wenn durch sie dauernd für den Betrieb der Gesellschaft bestimmte Anlagen oder Grundstücke für eine Vergütung erworben werden, die ein Zehntel des Grundkapitals übersteigt.

Fraglich ist, ob die GV. den Vorstand durch eine generelle Einwilligung im voraus ermächtigen kann, Nachgründungsverträge nach seinem Ermessen abzuschließen, oder ob dem Gesetz nur dann genügt ist, wenn

5) Julius v. Gierke, Handels- und Schiffahrtsrecht (1933) § 57 IV, 3.

die Verträge bereits in allen Einzelheiten oder wenigstens in großen Zügen feststehen und nunmehr erst die Generalversammlung sich entscheidet, ob sie dem Vertrag zustimmen will oder nicht[1]).

Die Zustimmung der Generalversammlung bedarf einer verschiedenen Mehrheit, je nachdem der Vertrag im ersten Jahre seit Eintragung der Aktiengesellschaft oder erst im zweiten Jahre geschlossen worden ist. Im ersten Fall muß mindestens eine Mehrheit von drei Vierteln des bei der Abstimmung anwesenden Grundkapitals vorhanden sein, im zweiten Fall muß außerdem ein Viertel des gesamten Grundkapitals anwesend sein (§ 207 IV HGB.).

Den Aufsichtsrat trifft eine Mitwirkungspflicht beim Abschluß von Nachgründungsverträgen. Er hat den Vertrag zu prüfen und der Generalversammlung vor der Beschlußfassung einen Bericht vorzulegen. Über den Inhalt seiner Prüfungspflicht sagt das Gesetz nichts. Sie wird sich nach der Stellung des Aufsichtsrats als Kontrollorgan und nach dem Sinn der Vorschrift auf die wirtschaftliche Nützlichkeit des Vertrages für die Aktiengesellschaft zu beziehen haben.

Gemäß § 207 IV HGB. bedarf ein Nachgründungsvertrag, nachdem der Aufsichtsrat berichtet und die Generalversammlung zugestimmt hat, der Einreichung zum Handelsregister. Beizufügen sind die urkundlichen Grundlagen des Vertrages. Diese bestehen in den Verkaufsverhandlungen und den über den Vertrag aufgenommenen Urkunden. Bei einer Grundstücksveräußerung gehört die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Vertrages als „urkundliche Grundlage" zu den einzureichenden Stücken[2]). Die Einreichung des Vertrages zum Handelsregister kann gemäß §§ 12 und 14 HGB. erzwungen werden.

Zweck der Einreichungspflicht ist, den Geschäftsgang der Aktiengesellschaft möglichst offenzulegen. Neueintretende Aktionäre können durch Einblick in die Registerakten, der jedem gestattet ist (§ 9 I HGB.) sofort feststellen, welche Verträge die Aktiengesellschaft noch auszuführen hat.

Der Vertrag bedarf nur der Einreichung zum Handelsregister, nicht auch der Eintragung oder Veröffentlichung. Ist der Vertrag nur mündlich abgeschlossen, ohne daß irgendwelche schriftlichen Aufzeichnungen stattgefunden haben, so erübrigt sich die Einreichung zum Handelsregister; es besteht dann keine „Urschrift" (§ 207 IV HGB.), weshalb auch die Herstellung einer beglaubigten Abschrift nicht möglich ist.

1) Näheres s. unten § 5 I.
2) a. A. Düringer-Hachenburg, § 207 Anm. 26.

§ 3. Gegenstand, zeitliche und wertmäßige Begrenzung der Nachgründung.

§ 207 HGB. erschwert den Erwerb von Anlagen, welche dem Betrieb der Aktiengesellschaft dauernd zu dienen bestimmt sind. Unter Berücksichtigung der Aktienrechtsnovelle vom 19. September 1931, die eine Neuregelung der Bilanzierungsvorschriften darstellt und in den §§ 261, 261 a für die Gliederung der Jahresbilanz eine Unterscheidung zwischen Anlagevermögen und solchen Vermögensgegenständen macht, die dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmt sind, ergibt sich für die „Anlagen" im Sinne des § 207 HGB. folgende Begriffsbestimmung:

Anlagen im Sinne dieser Vorschrift sind Gegenstände, die Bestandteil des AG.-Unternehmens sind und durch ihr Verbundensein und ihre Zweckbestimmung der Durchführung des Betriebes dienen. Nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes soll unter den Begriff der Anlagen nur ein beschränkter Kreis von Gegenständen fallen; denn § 207 HGB. will einerseits die Aktionäre vor Übervorteilung durch den Vorstand beim Erwerb gewisser Sachen schützen und ihnen selbst die Entscheidung über einen solchen Vertrag übertragen, andererseits aber die Generalversammlung nicht mit unerheblichen Angelegenheiten belästigen und sie nur dann mit der Frage einer Genehmigung befassen, wenn es sich um größere Objekte (Wert mindestens ein Zehntel des Grundkapitals) handelt. Es kommen folglich nur solche Gegenstände in Betracht, deren Dasein für das Unternehmen von erhöhter Bedeutung ist.

I. Bewegliche und unbewegliche Sachen.

Der Wortlaut des Gesetzes unterscheidet zwischen „Anlagen" und „unbeweglichen Gegenständen". Aus dieser Gegenüberstellung im Absatz 1 des § 207 HGB. könnte man schließen, daß die unbeweglichen Gegenstände nicht als „Anlagen" zu betrachten seien, andernfalls hätte sich eine Nebeneinanderstellung erübrigt. Eine solche Auslegung würde aber zunächst dem Sprachgebrauch widersprechen, da man unter „Fabrikanlagen" Grundstücke und das gesamte bewegliche Inventar versteht. Dann aber zeigt auch das Gesetz selbst, daß es Grundstücke und Anlagen nicht gegensätzlich verstehen will; aus Absatz 5 des § 207 HGB. ergibt sich[1]): Betreibt eine Aktiengesellschaft den An- und Verkauf von Grundstücken, so unterliegen auf deren Erwerb gerichtete Verträge nicht den Beschränkun-

1) ebenso Düringer-Hachenburg, § 207 Anm. 4.

gen des § 207 HGB., bedürfen also nicht der GV. Genehmigung. Die Grundstücke sind in diesem Fall nicht Anlagen, nicht Objekte, die der Betrieb der Aktiengesellschaft zur ständigen Grundlage hat, sondern „Waren", die zum Zwecke der Weiterveräußerung erworben werden.

Selbstverständlich dienen auch die Waren eines Unternehmens der Aufrechterhaltung des Betriebes und ermöglichen eine Gewinnerzielung ebenso wie die Maschinen der Fabrik. Der Unterschied liegt aber in der Zweckbestimmung und in der Art und Weise der Verwendung.

Die Waren dienen dem Umsatz durch Kauf und Verkauf. Je schneller dieser Kreislauf sich vollzieht, umso schneller können Gewinne erzielt werden. Anlagen dagegen werden erworben, damit sie dem Unternehmen erhalten bleiben und durch ihr Dasein die Durchführung des Betriebes ermöglichen. Der Zweck der Anlagen besteht also darin, daß sie entweder durch ihr bloßes Vorhandensein (Grundstücke, Büro- und Fabrikgebäude) oder durch ihr Funktionieren und Arbeiten (Maschinen, Transportwagen) dem Unternehmen dienen.

Von den beweglichen Sachen fallen alle, die dauernd für den Geschäftsbetrieb der Aktiengesellschaft bestimmt sind, unter den Begriff der „Anlagen" im Sinne des § 207 BGB. Es ist nicht unterschieden zwischen frei beweglichen Gegenständen und solchen, die in einer mehr oder minder festen Verbindung mit dem Grund und Boden stehen. Eine derartige Unterscheidung wäre willkürlich; man kann zu den Anlagen nicht nur Gegenstände rechnen, die mit dem Grund verbunden sind[2]). Das Gesetz bietet für eine solche Unterscheidung keinen Anhalt. Aus der Fassung des § 207 HGB. ergibt sich nicht, daß die beweglichen Sachen nur dann Anlagen sind, wenn sie mit den Grundstücken in einer mehr oder minder festen Verbindung stehen. Wenn das Gesetz eine solche Abhängigkeit gewollt hätte, so wäre dies an irgendeiner Stelle zum Ausdruck gekommen. Eine unvoreingenommene Betrachtung ergibt, daß im § 207 HGB. sowohl Grundstücke, wie bewegliche Sachen als Anlagen zu gelten haben, wofern ihr Wert ein Zehntel des Grundkapitals ausmacht; die beweglichen Sachen dann, wenn sie dem Geschäftsbetrieb der Aktiengesellschaft dauernd zu dienen bestimmt sind.

Auch fehlt es für diese Unterscheidung an jedem inneren Grunde. Ma-

2) Kayser, Ges. betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften (1884, 1891) § 213 Anm. 5; Petersen-Pechmann, Ges. betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften (1887) Art. 180 e Anm. 2 S. 102; Brodmann, Kommentar (1928) § 207 Anm. 3 a.

schinen würden nach der oben vertretenen[3]), hier abgelehnten Auffassung nur dann zu den Anlagen gehören, wenn sie durch das Fundament, in welches sie eingebaut sind, oder durch eine andere Art der Befestigung an einen bestimmten Platz des Grundstücks gebunden wären. Zu eng ist es daher, wenn Brodmann[4]) zu den Anlagen nur solche körperlichen Gegenstände zählt, die mit dem Grundstück als sachlicher Unterlage des AG. Unternehmens derart zu einer wirtschaftlichen Einheit verschmolzen sind, daß sie entweder unbewegliche Sachen (Gebäude, Fabrikanlagen) oder wesentliche Bestandteile unbeweglicher Sachen darstellen.

Nicht nur die Fassung, auch der Sinn des § 207 HGB. spricht gegen diese einschränkende Auslegung. § 207 HGB., der den Schutz der Aktionäre vor übermäßig hoher Bewertung von nicht in Geld bestehenden Gegenständen bezweckt, kann nicht darauf abzielen, frei bewegliche Sachen von mit dem Grund und Boden verbundenen Sachen begrifflich zu trennen, und nur diese zu den Anlagen zu zählen. Eine Scheidung könnte dahin führen, unter Umständen den Zweck der Vorschrift, Schutz der Gläubiger, zu vereiteln. Nach Brodmanns Ansicht würde z. B. zwar eine in eine Zementunterlage eingebaute Maschine eine „Anlage" sein, nicht aber eine Lokomobile, deren Anschaffung gegebenfalls eine gleich hohe Gegenleistung der Aktiengesellschaft erfordert[5]).

Es muß freilich zugegeben werden, daß auch die Auffassung Brodmanns ein unbilliges Ergebnis vermeiden kann, wenn sie bei der Wertberechnung dessen, was als „Anlage" gelten soll, auch das Zubehör mit einrechnet. Zum Zubehör als beweglichen Gegenständen, die dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und in einem gewissen räumlichen Verhältnis zu ihr stehen (§ 97 BGB.) würden aber z. B. Maschinen und Kraftwagen regelmäßig gehören. Erwirbt die Gesellschaft bewegliche Sachen, die ihrem Geschäftsbetrieb dauernd dienen sollen, so ergibt sich bei der Berechnung ihres Wertes nach der hier vertretenen Auffassung und nach der von Brodmann kein Unterschied. Wir rechnen unter den angegebenen Voraussetzungen sämtliche erworbenen beweglichen Sachen zu den „Anlagen"; Brodmann tut es nur bei den mit dem Grund und Boden fest verbundenen, zählt aber den Wert der anderen als „Zubehör" auch dazu und berechnet somit die Grenze von ein Zehntel des Grundkapitals im Ergebnis in gleicher Weise wie wir. Mögen auch

3) Vgl. vorhergehende Anmerkung.
4) Kommentar, § 207 Anm. 3 a.
5) so Brodmann, Kommentar § 207 Anm. 3 a.

praktisch zwischen Brodmanns[6]) und der hier vertretenen Ansicht Unterschiede nicht bestehen, so muß jene doch aus den oben angegebenen juristisch konstruktiven Gründen abgelehnt werden[7]).

Der Prüfung des Aufsichtsrats und der Zustimmung der Generalversammlung bedarf ein vom Vorstand abgeschlossener Grundstückserwerbsvertrag nicht, wenn „der Erwerb von Grundstücken den Gegenstand des Unternehmens" bildet oder das Grundstück „im Wege der Zwangsversteigerung erworben" wird. Diese Ausnahme setzt voraus, daß es sich um einen Grundstückserwerb anderer Art handelt, als um den von „Anlagen, die dauernd zu ihrem (der Aktiengesellschaft) Geschäftsbetrieb bestimmt" sind. Was „Gegenstand" des Unternehmens ist, ergibt sich aus der Satzung der Gesellschaft. Es genügt nicht, daß die Satzung den Erwerb von Grundstücken als Zweck der Aktiengesellschaft bezeichnet. Aus einer solchen Bestimmung der Satzung würde sich nicht notwendigerweise das Bestehen einer Grundstückserwerbsgesellschaft ergeben. Denn auch der Erwerb von Grundstücken, die die Gesellschaft für sich, z. B. als Fabrikgrundstücke behalten will, würde die Zweckbestimmung in der Satzung erfüllen, und doch läge der Ausnahmetatbestand des Absatzes 5 nicht vor. Absatz 5 ist nur dann erfüllt, wenn der Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken Zweck des von der Gesellschaft betriebenen Geschäfts ist. Denn Sinn der Ausnahme ist es, daß man die Gesellschaft nicht mit dem umständlichen Verfahren der Absätze 1 –4 des § 207 HGB. belasten will, wenn sie die Grundstücke als Ware in ihrem Geschäftsbetrieb behandelt. Ist das zu erwerbende Grundstück eine „Anlage" im Sinn des Absatzes 1, so sind die erschwerenden Vorschriften, die Prüfung durch den Aufsichtsrat und Genehmigung durch die Generalversammlung, geboten, weil durch die dauernde Zweckbestimmung und die etwaige Errichtung von Gebäuden auf dem Grundstücke Gefahren für die Gesellschaft entstehen können. Handelt es sich aber um eine sogenannte Grundstückshandelsgesellschaft, die den Kauf und Verkauf von Grundstücken betreibt, so ist das einzelne Grundstück nicht „Hauptvermögensstück" der Gesellschaft[8]), und eine Ausnahme von den erschwerenden Bestimmungen ist nach dem Sinn des Gesetzes gerechtfertigt[9]).

---

6) Kommentar § 207 Anm. 3 a.
7) wie hier Staub-Pinner (1933) § 207 Anm. 4; Düringer-Hachenburg, (1934) § 207 Anm. 5.
8) RG. 121, 102.
9) so auch Paul Marcuse in Festschrift für Pinner (1932) S. 302.

Durch die Ausnahme des Absatzes 5 wollte man den Betrieb von Baugesellschaften und Hypothekenbanken in ihrem Anfangsstadium nicht lahmlegen; für diese Unternehmen war der Absatz 5 geradezu lebensnotwendig[10]).

In der Beurteilung zweifelhaft könnte folgender praktische Fall sein, der bei Grundstückserwerbsgesellschaften gelegentlich vorkommen mag. Die Gesellschaft erwirbt zunächst das Grundstück, um es dauernd zu behalten und eine Werkstatt darauf zu errichten. Die nach § 207 HGB. vorgesehene Generalversammlungszustimmung ist nicht erteilt. Nach einiger Zeit stellt sich die Ungeeignetheit des Grundstücks für den gedachten Zweck heraus und die Aktiengesellschaft veräußert es wieder. Diese Änderung in der Zweckbestimmung bewirkt, daß der bis dahin schwebend unwirksame Vertrag (vgl. unten § 4 I) ohne weiteres voll wirksam wird. Die Voraussetzung für die Abhängigkeit des Vertrages von der Zustimmung der Generalversammlung, die dauernde Zweckbestimmung des Grundstücks für den Geschäftsbetrieb der Aktiengesellschaft ist weggefallen. Es ist so anzusehen, als sei von vornherein ein Grundstückserwerbsvertrag geschlossen, zu dem Genehmigung nicht erforderlich war[11]).

Die zweite Ausnahme von der Genehmigung des Vertrages durch die Generalversammlung betrifft den Erwerb von Grundstücken im Wege der Zwangsversteigerung. Diese Bestimmung ist offensichtlich schlecht gefaßt. Würde man sich ausschließlich an den Wortlaut des Satzes 2 halten, so käme man zu dem Ergebnis, daß der Vorstand zum Erwerbe von Grundstücken in der Zwangsversteigerung ganz allgemein ermächtigt wäre, ohne an die Zustimmung der Generalversammlung und den Bericht des Aufsichtsrats gebunden zu sein. Ihm wäre damit insoweit eine Verfügungsmacht über das Vermögen der Aktiengesellschaft gegeben, die er, wie der

10) KGJ. 10, 33; JW. 1910, 800; vgl. ferner JW. 1929 S. 2944 Nr. 12, wonach nicht unter Absatz 5 der Erwerb eines Grundstücks fällt, das zur Ausbeutung von Mineralquellen dient und damit als Unterlage für den Betrieb der Gesellschaft erworben ist.

11) Düringer-Hachenburg, § 207 Anm. 27 meint, der Vertrag bedürfe des neuen Abschlusses, der auch in der Form der Bestätigung durch die Parteien erfolgen könne. Diese Ansicht wäre nur dann zu rechtfertigen, wenn der vom Vorstand abgeschlossene Grundstückskaufvertrag nichtig wäre. Ein nichtiger Vertrag kann bei Wegfall des Nichtigkeitsgrundes keine Wirksamkeit erlangen, sondern bedarf des erneuten Abschlusses. Der hier in Frage stehende Vertrag ist aber schwebend unwirksam (siehe S. 19—20 der Arbeit), wird also bei Wegfall des Beschränkungsgrundes ipso iure voll wirksam.

Ist Auflassung des Grundstücks bereits erfolgt, so genügt diese auch nach Düringer-Hachenburg zur Wirksamkeit. Nochmalige notarielle Beurkundung wäre zwecklos (Düringer-Hachenburg a. a. O.).

Sinn der vorhergehenden Absätze ergibt, nur mit Zustimmung der Generalversammlung haben soll. Es ist daher unmöglich, und dem Sinn des § 207 HGB. zuwider, sich an den Wortlaut des Satzes 2 des Abs. 5 zu halten. Gemeint ist ein Erwerb im Wege der Zwangsversteigerung von Grundstücken, an denen die Aktiengesellschaft ein dingliches Recht (Hypothek, Grundschuld, Nießbrauch) hat, oder bei dem sie als Gläubigerin irgendwie interessiert ist[12]).

Maßgebend für die Einfügung dieser Bestimmung war die wirtschaftliche Lage, in der sich die Gesellschaft befindet: Ist die Aktiengesellschaft Hypothekengläubigerin an zweiter Stelle und betreibt der erste Hypothekar die Zwangsvollstreckung in das Grundstück, so soll der Vorstand ohne irgendwelche Beschränkungen berechtigt sein, in der Zwangsversteigerung mitzubieten, um durch Ersteigerung des Grundstücks größeren Schaden abwenden zu können. Es gilt in solchen Fällen oft, schnelle Entschlüsse zu fassen, und wenn man das Mitbieten von der Zustimmung der Generalversammlung abhängig gemacht hätte, so würde dies in unerwünschter Weise hemmend gewirkt haben.

In dem Begriff „Anlage" ist die dauernde Bestimmung für Zwecke der Aktiengesellschaft enthalten. Der Relativsatz in § 207 Abs. 1 HGB. „... die dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmt sind ..." hat nur erläuternde Bedeutung und könnte aus diesem Grunde fehlen. Unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches, das den Zusatz „die dauernd zu ihrem Geschäftsbetrieb bestimmt sind" nicht aufgenommen hatte[13]), verstand man unter Anlagen jeden dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmten Gegenstand[14]). Da auch Grundstücke unter den Begriff der „Anlage" fallen, ergibt sich, daß es einer besonderen Hervorhebung der dauernden Zweckbestimmung des Grundstücks für die Geschäfte der Gesellschaft nicht bedurft hat. Die Meinung derjenigen, die Grundstücke nicht zu den Anlagen zählen, würde sich in Widerspruch zu den Gesetzen stellen. Nach ihr müßte aus der Tatsache, daß der Relativsatz

12) siehe auch Brodmann, § 207 Anm. 6, der ein dingliches Recht an dem Grundstück verlangt. Wie hier Staub-Pinner, § 207 Anm. 10 b; Düringer-Hachenburg, § 207 Anm. 28.

13) Entwurf I Art. 180 d. Später wurde der Relativsatz „... welche dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmt sind ..." aufgenommen, dann aber wieder gestrichen. Man war offenbar der Meinung, er wäre nicht erforderlich.

14) So Ring, das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften (1885) § 180 e S. 179; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts (1896) S. 898 Anm. 4.

„... die dauernd zu ihrem Geschäftsbetrieb bestimmt sind ..." sich nur auf Anlagen bezieht, gefolgert werden, daß für Grundstücke das Erfordernis der „dauernden Geschäftsbestimmung" nicht gilt. Nach dieser Anschauung wäre Absatz 5 des § 207 HGB. überflüssig, der für Grundstücke die Zustimmung der Generalversammlung nicht verlangt, wenn sie von einer Grunderwerbsgesellschaft nur zum Zwecke des baldigen Weiterverkaufs erworben werden.

II. Rechte.

Zweifelhaft ist die Frage, ob auch Rechte, die dem Unternehmen auf Dauer nutzbar gemacht werden sollen, unter den Begriff der „Anlage" fallen. Staub-Pinner[15]) und Brodmann[16]) verneinen dies, u. E. zu Unrecht.

Schon der Wortsinn des Begriffs „Anlage" umfaßt sowohl Sachen, als auch Rechte, wie an zwei Beispielen gezeigt werden soll.

Im Leben versteht man unter dem Begriff „Fabrikanlagen", „Werftanlagen" die Summe der körperlichen Gegenstände, die zu einem solchen Betriebe gehören. Spricht jemand davon, daß er sein Geld in Aktien „angelegt" habe, so will er damit zum Ausdruck bringen, daß er Rechte bestimmter Art erworben hat, nämlich Anteile an einer Aktiengesellschaft. Für den Erwerber, der sich Aktien nicht nur zu ganz vorübergehenden Zwecken, sondern auf Dauer angeschafft hat, sind sie eine „Vermögensanlage". Aus der Tatsache, daß im gewöhnlichen Leben das Wort „Anlage" in der geschilderten Bedeutung gebraucht wird, folgt, daß die Gegenmeinung zum Beweis ihrer Ansicht den Sprachgebrauch nicht in Anspruch nehmen kann.

Aber auch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zeigt, daß Rechte in den Anlagen des § 207 HGB. enthalten sein müssen. Es kann kein Unterschied sein, ob eine Aktiengesellschaft kurze Zeit nach ihrer Eintragung ins Handelsregister Maschinen erwirbt und mit ihnen ein Patent ausnutzen will, oder ob sie für den gleichen Preis ein Patent erwirbt, um mit dessen Hilfe bestimmte Maschinen herzustellen[17]). Wirtschaftlich müssen

15) Kommentar (1933) § 207 Anm. 1 a.
16) Kommentar (1928) § 207 Anm. 3 b.
17) Beispiel von Düringer-Hachenburg, § 207 Anm. 5.
Die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise ergibt sich auch unmittelbar aus dem Gesetz. In § 261 Ziffer 1, Absatz I und II HGB. wird von Anlagen und Wertpapieren gehandelt, die dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmt sind, während Ziffer 2 demgegenüber von Wertpapieren und anderen Vermögensgegenständen spricht,

beide Vorgänge gleich behandelt werden, da nur ein äußerlicher Unterschied in der Art der Betriebsführung besteht und es für die Aktionäre gleichgültig ist, in welcher Weise die Aktiengesellschaft arbeitet. Der Sinn des § 207 HGB. ist Schutz der Aktionäre gegen übermäßige Preisberechnung von „Anlagen". Sie selbst sollen über die Nützlichkeit eines solchen Erwerbs durch Generalversammlungsbeschluß entscheiden. Die Gefahr der Schädigung besteht aber für die Aktionäre in gleicher Weise, wenn der Vorstand Maschinen oder Gebäude für einen bestimmten Preis anschafft, wie wenn er ein Patent erwirbt. Im letzten Falle ist die Gefahr sogar noch größer, weil sich der Wert eines Patentes schwieriger abschätzen läßt, als der von körperlichen Gegenständen. Man kann oft im voraus nur schwer sagen, ob die sich an das Patent knüpfenden Erwartungen in Erfüllung gehen und den finanziellen Erfolg bringen werden, den man von ihm erhofft. Selbstverständlich fallen nicht nur Patente unter § 207 HGB.; jedes andere Recht, das dem Betrieb der Gesellschaft dauernd zu dienen bestimmt ist, ist eine Anlage im Sinne des Gesetzes. Das können auch Aktien oder GmbH.-Anteile sein, wenn ihr Erwerb eine Dauerbeteiligung an diesen Gesellschaften bezweckt[18]). § 207 HGB. schaltet nur dann aus, wenn sie weiter veräußert werden sollen[19]).

---

die nicht dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmt sind. § 261 a A II Ziffer 5 HGB. zählt ausdrücklich Patente und andere Rechte zu dem Anlagevermögen.

18) vgl. § 261 I Abs. II.

19) Die Frage ist äußerst bestritten und wird von der herrschenden Meinung entgegengesetzt entschieden. (Brodmann, § 207 Anm. 3 b; Staub-Pinner, § 207 Anm. 4; Koenige-Teichmann-Koehler, § 207 Anm. 2, der allerdings für Aktien eines andern Unternehmens dann eine Ausnahme macht, wenn sie eine Dauerbeteiligung der Aktiengesellschaft an dem andern Unternehmen vermitteln sollen; Friedländer, Aktienrecht (1932) § 207 Anm. II, 2, der jedoch ebenfalls Ausnahmen zuläßt).

Wie hier Düringer-Hachenburg, § 207 Anm. 5; Goldschmit, Die Aktiengesellschaft (1927) § 207 nm. 2.

Staub-Pinner vertrat in den früheren, vor der Aktienrechtsnovelle vom 19. September 1931 erschienenen Auflagen die hier vertretene Anschauung. Er rechnete Wertpapiere, soweit sie dauernde Beteiligungen an anderen Gesellschaften waren, unter die Anlagen (vgl. Staub-Pinner von 1933, § 207 Anm. 4).

Die Änderung des Gesetzes durch die Aktienrechtsnovelle kann u. E. nicht die Grundlage für eine in diesem Punkte abweichende Ansicht bilden. Nicht eine Neufassung des Begriffs „Anlage" sollte hierdurch geschaffen werden, sondern die Bilanzklarheit sollte durch eingehende Unterteilung der einzelnen aufzuführenden Posten verstärkt werden. Wenn Schlegelberger Quassowski-Schmölder in seiner Erläuterung zu dieser Verordnung schreibt (§ 261 Anm. 12), daß keine andere Regelung in Betracht kommen konnte, „als die grundsätzliche Gleichstellung der zum Anlagevermögen gehörigen Wertpapiere mit den sonstigen Anlagen", so ergibt sich hieraus, daß ein sachlicher Grund für die verschiedene Behandlung der Wertpapiere und damit der Rechte überhaupt einerseits und der sonstigen Anlagen andererseits nicht ersichtlich ist.

III. Beteiligungen.

Brodmann[20]), der Rechte grundsätzlich nicht zu den Anlagen rechnet, will in bestimmten Fällen Ausnahmen zulassen. „Nur wo der Erwerb solcher Gesellschaftsanteile sachlich nichts anderes ist als Erwerb des Gesellschaftsvermögens, der Erwerb des ganzen Unternehmens mit Betriebsanlagen und etwaigen Grundstücken, liegt es anders"[21]). Die im Anschluß an diese Auffassung erwachsenden Schwierigkeiten deutet auch Brodmann[22]) an, indem er die Frage aufwirft, wie es denn sei, wenn nicht sämtliche Aktien oder Geschäftsanteile einer Gesellschaft erworben werden, sondern — absichtlich oder ohne Vorbedacht — einzelne Anteile ausgeschlossen bleiben. Brodmann will hier von Fall zu Fall nach der Ratio des Gesetzes entscheiden[23]).

Den von Brodmann vorgeschlagenen Ausweg kann man m. E. nicht wählen. Schon der Erwerb einer Aktie enthält eine Beteiligung an der Gesellschaft, mag sie sich auch praktisch als solche nicht auswirken, weil der Eigentümer keinen Einfluß auf die Entschlüsse der Generalversammlung hat und meist auch selbst nicht „Unternehmer" werden will. Zweifellos wirkt sich aber eine Beteiligung dann praktisch aus, wenn eine größere Anzahl von Aktien (z. B. 30% der Gesamtzahl) erworben wird. Trotzdem würde Brodmann auch dann, wenn die Beteiligung eine dauernde wäre, nicht den § 207 HGB. anwenden, weil das Unternehmen nicht „als solches" erworben ist[24]). Warum soll es darauf ankommen, daß das gesamte Unternehmen, vielleicht mit Ausnahme einer ganz geringen Zahl von Anteilen, erworben wird? Warum genügt nicht der Erwerb eines Teils der Anteile, der doch sachlich von der gleichen Bedeutung sein kann, wie der Vollerwerb? Für die Beschränkung der Anwendung des § 207 HGB. auf den Erwerb aller Aktien einer Aktiengesellschaft ist kein Grund zu ersehen. Beide Geschäfte können für die erwerbende Gesellschaft gleich gefährlich sein. Beide können dasselbe Risiko für die Aktionäre bringen und beträchtlichen Schaden herbeiführen. Der Sinn des § 207 gebietet die Einbeziehung beider Fälle; denn Übervorteilungen der Aktionäre können gleichermaßen drohen durch Erwerb von dauernd dem Betrieb dienenden Sachen, deren Wert ein Zehntel

20) Kommentar, § 207 Anm. 3 b.
21) Brodmann, Kommentar § 207 Anm. 3 b.
22) a. a. O.
23) Kommentar § 207 Anm. 3 b.
24) Kommentar § 207 Anm. 3 b.

des Grundkapitals übersteigt, und von Aktien oder GmbH.-Anteilen als Dauerbeteiligungen an fremden Unternehmungen im gleichen Wertverhältnis zum Grundkapittal. Der Erwerb der gesamten Aktien und der Teilerwerb unterscheiden sich unter diesem Gesichtspunkt vielleicht in der Stärke der Gefährdung, nicht aber in ihrem rechtlich-wirtschaftlichen Gehalt. Der Erwerb einer Aktie verdient rechtlich dieselbe Würdigung, wie der Erwerb aller Aktien einer Aktiengesellschaft; denn auch der Eigentümer einer einzigen Aktie ist damit an dem Unternehmen der Aktiengesellschaft beteiligt und hat alle aus der Aktie sich ergebenden Rechte erworben, die sich von denen eines Hauptaktionärs nur insofern unterscheiden, als er seine Anträge in der Generalversammlung schwerer durchsetzen kann.

Nach der hier vertretenen Auffassung wird man also die besprochene Unterscheidung ablehnen müssen. Entweder, man entschließt sich, Rechte überhaupt nicht zu den Anlagen des § 207 HGB. zu zählen, oder man stellt ihren Erwerb — bei den in § 207 HGB. gegebenen Voraussetzungen — unter erschwerende Vorschriften. Im zweiten Fall darf man aber mangels rechtlicher und wirtschaftlicher Gründe nicht weiter in der von Brodmann[25]) angegebenen Weise unterscheiden[26]).

Sollte freilich, was nicht ganz klar wird, Brodmann mit dem bereits zitierten Satz: „Nur wo der Erwerb solcher Gesellschaftsanteile sachlich nichts anderes ist, als der Erwerb des Gesellschaftsvermögens, der Erwerb des ganzen Unternehmens mit Betriebsanlagen und etwaigen Grundstücken, liegt es anders."[27]) gar nicht den Erwerb von Rechten, sondern von körperlichen Gegenständen meinen, dann wäre gegen die innere Konsequenz seiner Ausführungen nichts einzuwenden. Er würde dann Rechte nicht unter die Anlagen des § 207 HGB. zählen. — Aber auch bei dieser Auffassung wäre Brodmanns Standpunkt nicht ganz klar. Der Erwerb

---

25) Kommentar § 207 Anm. 3 b.

26) Wie hier im Ergebnis auch Düringer-Hachenburg (1934) § 207 Anm. 5. In Wirklichkeit kommt der Erwerb nur einer Aktie als „Nachgründungsvertrag" nicht in Betracht, weil 1/10 des Grundkapitals überschritten sein muß, damit die erschwerenden Vorschriften des § 207 HGB eingreifen können. Das Grundkapital beträgt mindestens 50 000 RM. (§ 17 Gold Bil. Verordnung und § 3 der 2. Durchführungsverordnung zum Münzgesetz vom 12. Dezember 1924), so daß bei einem Nennbetrag von 100 RM. (das ist der Betrag, auf den grundsätzlich eine Aktie lauten muß, § 18 Gold-Bil.-Verordnung und §§ 43, 45 der 2. Durchführungsverordnung in Verbindung mit § 3 der 2. Durchführungsverordnung zum Münzgesetz) pro Aktie schon 50 Aktien erforderlich wären, um 1/10 des Grundkapitals auch nur bei einer mit dem gesetzlich niedrigsten Grundkapital arbeitenden Aktiengesellschaft zu erreichen.

27) Kommentar § 207 Anm. 3 b.

der Gesamtheit der Aktien bedeutet nicht den Erwerb der Grundstücke, der Gebäude und des sonstigen Vermögens der Gesellschaft. Hierzu würde es eines dinglichen Übereignungsgeschäftes bedürfen, da Eigentümer dieser Gegenstände die Aktiengesellschaft als juristische Person ist. Wenn Brodmann meint[28]), daß mit dem Erwerb aller Aktien „sachlich" das „Vermögen der Aktiengesellschaft, ihre Betriebsanlagen und Grundstücke" erworben seien, so kann man in diesem Sinne auch von einem „Teilerwerb" des Unternehmens beim Erwerb von z. B. 30% der Aktien sprechen; und weiter würde auch der Erwerb eines einzigen Gesellschaftsanteils sich als Beteiligung an der Aktiengesellschaft und damit als „Teilerwerb" des Unternehmens darstellen. Auch so verstanden wäre der von Brodmann[29]) aufgestellte Satz nicht geeignet, seine Ansicht zu stützen, daß nämlich nur der Erwerb *sämtlicher* Aktien einer Aktiengesellschaft unter § 207 HGB. falle[30]).

Staub-Pinner[31]) zählt Wertpapiere und sonstige Beteiligungen nicht zu den Anlagen. Er begründet seine Ansicht durch Hinweis auf die §§ 261 Ziffer 1, 2 und 261 a, in denen unterschieden wird zwischen Anlagen auf der einen und Wertpapieren und Vermögensgegenständen anderer Art auf der anderen Seite. In § 261 a Absatz A II fallen unter „Anlagevermögen" Grundstücke, Gebäude, Maschinen, Werkzeuge, Inventar (also Sachen) und gemäß Ziffer 5 auch Rechte, mit Ausnahme von Wertpapieren und Beteiligungen anderer Art. Diese sind in Absatz A III besonders genannt. Staub-Pinner glaubt aus der Fassung dieser Vorschriften und aus der Nebeneinanderstellung von Anlagen (§ 261 A II) und sonstigen Vermögensgegenständen einschließlich der Wertpapiere (§ 261 a A III) schließen zu müssen, daß Wertpapiere und Beteiligungen anderer Art nicht zu den Anlagen zählen. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden[32]).

Die Vorschriften geben bestimmte Anweisungen, wie die Bilanzaufstellung zu erfolgen hat. Daß der Gesetzgeber hiermit in der Sache selbst Wertpapiere und sonstige Rechte von den Anlagen ausnehmen wollte, ist nicht ersichtlich. § 261 a dient lediglich der *Aufgliederung* der Bilanz, die eine weitgehende Trennung der zum Vermögen der Gesellschaft

28) Kommentar § 207 Anm. 3 b.
29) Kommentar § 207 Anm. 3 b.
30) siehe dazu Reichsfinanzhof in JW. 1922, 405.
31) Kommentar § 207 Anm. 4.
32) Dagegen auch Brodmann, Kommentar § 207 Anm. 3 b; Düringer-Hachenburg, § 207 Anm. 5.

gehörigen Gegenstände im Interesse der Bilanzklarheit erfordert. Dagegen zeigt § 261 Ziffer 1, der gerade die sachliche Bewertung der Gegenstände regelt, daß Wertpapiere, wenn sie „dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmt sind", dem Anlagevermögen zuzurechnen sind[33]).

IV. Zeitliche Begrenzung.

Ein solcher namens der Gesellschaft abgeschlossener Vertrag ist nur dann eine „Nachgründung" i. S. des § 207 HGB., wenn er innerhalb der ersten 2 Jahre seit Eintragung der Aktiengesellschaft ins Handelsregister abgeschlossen worden ist. Makower[34]) will auch solche Verträge an die Zustimmung der Generalversammlung knüpfen, die nach Errichtung der Aktiengesellschaft, aber vor ihrer Eintragung ins Handelsregister abgeschlossen sind. Aus der Fassung des Gesetzes kann man diese Ansicht nicht folgern; denn in § 207 I HGB. ist von Verträgen die Rede, die „vor dem Ablauf von 2 Jahren seit Eintragung der Gesellschaft" geschlossen werden, wobei „seit Eintragung" gleichbedeutend ist mit „nach Eintragung". Weiter ergibt der Wortlaut des Abs. III Satz 2, daß der Lauf der zweijährigen Frist mit dem Augenblick der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister beginnen soll, denn dort heißt es: „Wird der Vertrag im 1. Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister geschlossen ...". Die herrschende Lehre[35]) folgert hieraus zu Unrecht, daß § 207 HGB. nur auf diejenigen „Nachgründungsverträge" Anwendung finden kann, die nach Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister abgeschlossen worden sind.

Der Sinn des § 207 HGB. als einer Schutzvorschrift für die Aktionäre fordert jedoch seine Anwendung auch auf Verträge, die der Vorstand vor

33) Das norwegische Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften vom 19. Juli 1910 (verschiedentlich abgeändert; siehe Literaturverzeichnis) § 72 erwähnt neben den Anlagen und Grundstücken ausdrücklich auch Schiffe, deren Erwerb der Zustimmung der Generalversammlung bedarf, wenn ihr Wert $^1/_{10}$ des Grundkapitals übersteigt. Indessen besteht nach der hier vertretenen Ansicht durch die besondere Einfügung der Schiffe in diesen Paragraphen kein Unterschied zum § 207 HGB, da wir zu den Anlagen auch Schiffe rechnen, wenn sie dem Geschäftsbetrieb dauernd dienen sollen.

Für Brodmann (Kommentar § 207 Anm. 3 a), der einen von der hier vertretenen Meinung abweichenden Anlagebegriff kennt, wäre die Frage, ob Schiffe unter § 207 HGB fallen, zum mindesten zweifelhaft, so daß die besondere Einfügung der Schiffe für ihn einen sachlichen Unterschied zwischen dem norwegischen und unserem Gesetz enthalten kann.

34) Handelsgesetzbuch mit Kommentar (1906) § 207 Anm. I 3 d.

35) Düringer-Hachenburg § 207 Anm. 21; Staub-Pinner § 207 Anm. 1.

Eintragung der Gesellschaft abschließt[36]). Die Umgehung sämtlicher Schutzvorschriften (sowohl des § 186 HGB., als auch des § 207 HGB.) wäre stark erleichtert, würde man der hier vertretenen Ansicht nicht folgen. § 186 HGB. ist auf den Erwerb von Sachen der genannten Art nicht anwendbar, weil dort von Anlagen oder sonstigen Vermögensgegenständen die Rede ist, die „von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen" werden. § 207 HGB. wäre nicht anwendbar, weil die Gesellschaft noch nicht eingetragen ist. In dem „Zwischenstadium" zwischen Errichtung und Eintragung aber könnten die Gründer durch den Vorstand alle die Verträge abschließen, aus denen sie unverhältnismäßige Gewinne ziehen wollen, ohne daß eine Prüfung durch Revisoren (§ 186 HGB.) oder eine Genehmigung durch die Generalversammlung (§ 207 HGB.) erforderlich wäre. Aus diesem Grunde muß § 207 HGB. auch in dem Zeitraum zwischen Errichtung und Eintragung der Gesellschaft angewendet werden[37]).

V. Wertgrenze.

Die Genehmigung der Generalversammlung ist nur erforderlich, wenn die für die „Anlage" zu entrichtende Vergütung ein Zehntel des Grundkapitals übersteigt[38]). Der Gesetzgeber ist dabei offenbar von dem Gesichtspunkt ausgegangen, daß, wenn es sich um Anlagen handelt, nur die wichtigen Verträge der Generalversammlung zur Beschlußfassung vorzulegen seien, sonst aber dem Vorstand im Interesse einer schnellen Geschäftsabwicklung freie Hand gelassen werden müsse. Entscheidend ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nicht der Tag der Generalversammlung. Der Zeitpunkt gewinnt Bedeutung, wenn inzwischen das Grundkapital erhöht worden ist[39]). Es kann sich dann ereignen, daß nach der Kapitalerhöhung der Wert des Vertragsgegenstandes, der zur Zeit des Vertrags-

36) Dies mit der Ausnahme, daß Verträge, die für die Errichtung der Aktiengesellschaft notwendig sind und Verträge, die ihr rechtlich lediglich Vorteil bringen, nicht der Beschränkung des § 207 HGB unterliegen. Solche Verträge kann der Vorstand ohne Beschränkung allein wirksam abschließen (vgl. unten § 7).

37) so im Ergebnis Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar (1906) § 207 Anm. I 3 d, wenn auch ohne Begründung.

Auf diese Frage wird in anderem Zusammenhang in § 7 nochmals einzugehen sein.

38) Ebenso wie § 207 HGB gewährt auch das norwegische Gesetz (§ 72) dem Vorstand ein freies selbständiges Vertragsschließungsrecht über Anlagen, deren Wert $^1/_{10}$ des Grundkapitals nicht überschreitet. Schweden erleichtert den Abschluß von Nachgründungsverträgen, indem es den Wert der zu erwerbenden und dauernd zum Gebrauch der Gesellschaft bestimmten beweglichen Sachen auf $^1/_5$ des Aktienkapitals herabsetzt (§ 25). Ebenso Polen (Art. 53) und Österreich (§ 39 Ziffer 1).

39) so auch Staub-Pinner § 207 Anm. 1; Düringer-Hachenburg § 207 Anm. 8.

schlusses ein Zehntel des Grundkapitals überstieg, diesen Bruchteil nunmehr nicht erreicht. Wäre für die Berechnung des Verhältnisses zwischen Vertragswert und Grundkapital der Tag der Generalversammlung maßgebend, so würde in diesem Falle der Vertrag auch ohne Generalversammlungszustimmung vollwirksam sein.

Werden „Anlagen" durch mehrere selbständige Verträge erworben, so werden die Werte der einzelnen Anlagen nicht zusammengerechnet. Übersteigt ihre Gesamtsumme ein Zehntel des Grundkapitals, erreicht jedoch keiner der von der Aktiengesellschaft geleisteten Gegenwerte diese Grenze, so bedarf es der GV.-Zustimmung nicht. Anders liegt es, wenn wirtschaftlich zusammengehörige Verträge nur zum Zwecke der Gesetzesumgehung auseinandergerissen werden. Hier bedürfen die als „ein Vertrag" i. S. des § 207 HGB. erscheinenden mehreren Verträge der Zustimmung der Generalversammlung.

§ 4. Rechtslage bis zum Beschluß der Generalversammlung.

I. Keine Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB.

Ein unter § 207 HGB. fallender Vertrag wird in der Weise zustandekommen, daß der Vorstand ihn mit dem Dritten abschließt und dann der Generalversammlung zur Genehmigung vorlegt. Der Weg, daß die Generalversammlung ihre Zustimmung schon vor Abschluß des Vertrages gegeben hat, pflegt nicht beschritten zu werden. Da das Gesetz in § 207 I bestimmt, daß derartige Verträge „*zu ihrer Wirksamkeit* der Zustimmung der Generalversammlung" bedürfen, taucht die Frage auf, ob ein solcher, vom Vorstand ohne vorherige Zustimmung der Generalversammlung mit einem Dritten abgeschlossener Vertrag nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und also gemäß § 134 BGB. nichtig ist[1]).

Nach § 134 BGB. sind Geschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Erforderlich ist, daß sich das Verbot gegen das Rechtsgeschäft selbst, gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit richtet. Bezeichnet das Gesetz das Geschäft selbst als „nichtig", so ist das meist ein genügendes Anzeichen für sein Verbot. Nun verstößt aber nicht jeder Abschluß eines vom Gesetz als nichtig

1) Staub in der früheren Auflage (1927) § 207 Anm. 7; Lehmann-Ring, das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich (1913) § 207 Anm. 2 a.

bezeichneten Geschäfts gegen ein Verbotsgesetz. Ist z. B. ein Geschäft wegen Formmangels oder wegen fehlender persönlicher Eigenschaften nichtig, dann verstößt es nicht gegen ein gesetzliches Verbot, sondern es ist unvollkommen[2]). Gegen Verbote verstößt ein Geschäft erst dann, wenn, obgleich die Form gewahrt ist, oder die persönlichen Eigenschaften auf Seiten der Vertragschließenden (Volljährigkeit, Vertretungsmacht) vorliegen, das Geschäft einen vom Gesetz gemißbilligten Inhalt hat und aus diesem Grunde nichtig ist[3]).

Ein solcher Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ist in der Nichtbeachtung des § 207 HGB. nicht zu erblicken[4]) Denn § 207 HGB. will nicht das vom Vorstand ohne Zustimmung der Generalversammlung abgeschlossene Rechtsgeschäft verbieten und richtet sich nicht gegen das Geschäft als solches; dies wäre nur der Fall, wenn es seinem Inhalt nach gegen eine Verbotsnorm verstieße. § 207 HGB. will einem ohne diese Zustimmung noch „unfertigen" Geschäft nur vor der vollständigen Vollendung die rechtliche Wirksamkeit versagen. Vielmehr ist das Geschäft, wie mit der herrschenden Meinung anzunehmen ist, bis zur Genehmigung durch die Generalversammlung in Wirksamkeitsschwebe[5]).

II. Widerruflichkeit.

In diesem Abschnitt ist der ohne Zustimmung der Generalversammlung abgeschlossene Vertrag in seiner Wirksamkeit auf das Verhältnis der an ihm beteiligten Parteien zu untersuchen. Die Frage ist hier, ob die Vertragspartner an den noch unfertigen Vertrag gebunden sind, oder ob jedem ein einseitiges Widerrufs- oder Rücktrittsrecht eingeräumt ist. Praktisch hat der Vorstand ein Widerrufsrecht, da er jederzeit in der Generalversammlung auf die Aktionäre einwirken und sie bestimmen kann, dem Vertrag ihre Genehmigung zu versagen. Zu prüfen ist, ob auch dem Gegner ein freies Widerrufsrecht seiner Willenserklärung zusteht.

---

2) Oertmann, Kommentar (1927) § 134 Anm. 2 a.

3) Ähnlich Eduard Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (1907) § 134; vgl. F. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I (1903) § 11 2 a und die dort zitierte Schrift „Die zivilrechtlichen Folgen der Verbotsgesetze" (1887) S. 83.

4) so auch Brodmann § 207 Anm. 4 a; KG. in Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 43, 308.

5) so auch Staub-Pinner, § 207 Anm. 5 a; Jaeger, JW. 1926, 596 Anm. Bayr. Ob.LG. in JW. 1925, 1646 mit Anm. von Glodschmit; Düringer-Hachenburg § 207 Anm. 17; Bayr.Ob.LG. in JW. 1925, 628 mit Anm. von Güldenagel; RG 121, 105; Brodmann § 207 Anm. 4.

Die Frage der Bindung oder Nichtbindung der Parteien an den Vertrag ist unter Berücksichtigung des Sinnes von § 207 HGB. zu beantworten. Die Vorschrift ist zum Schutz der Aktiengesellschaft geschaffen. Die Gründer sollen nicht die Macht haben, den nach der Eintragung der Aktiengesellschaft zu unbeschränkter Vertretung berechtigten Vorstand (§ 235 HGB.), auf dessen Willensentschließungen sie noch maßgebenden Einfluß haben, zum Abschluß von Verträgen zu veranlassen, die, wirtschaftlich betrachtet, der Gesellschaft nachteilig sein können. So, wenn die Gründer den Vorstand zum Erwerb von Gebäuden oder Maschinen bestimmen, an deren Übertragung sie auf Grund persönlicher Vereinbarungen mit dem Verkäufer geschäftlich interessiert sind, z. B. weil sie sich eine Provision haben zusichern lassen.

Aus dem Sinn des § 207 HGB. folgt, daß mit dieser Bestimmung lediglich der Schutz der Aktionäre bezweckt ist, nicht der des Vertragsgegners. Für diesen bestünde nur dann ein Widerrufsrecht, wenn es ihm entweder allgemeine, für das gesamte Privatrecht geltende Vorschriften kraft ausdrücklicher Bestimmung gewährten oder wenn wegen des in ihnen enthaltenen allgemeinen Rechtsgedankens ihm ein solches zustünde.

Ein Elementarsatz des Privatrechts besagt, daß man an abgeschlossene Verträge grundsätzlich gebunden ist. Das gilt auch dann, wenn die endgültige Wirksamkeit gesetzlich davon abhängig ist, daß ein nicht unmittelbar am Vertrag Beteiligter zustimmt (im Fall der schwebend unwirksamen Verträge). Dieser Grundsatz erleidet wenige Ausnahmen da, wo das Gesetz einer Partei ein Widerrufsrecht ausdrücklich zubilligt, nämlich in den Fällen der §§ 109, 178, 1397, 1830 BGB.[6]). Von diesen vier Ausnahmefällen kommt für eine direkte Anwendung auf den Fall der Widerrufsmöglichkeit schwebender Nachgründungsverträge lediglich § 178 BGB. (Vertragsschluß durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht) in Betracht, während die §§ 109 (Widerrufsrecht des mit einem Minderjährigen abschließenden Vertragspartners bis zur Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter), § 1397 (der mit einer Ehefrau einen Vertrag über eingebrachtes Gut Schließende kann bis zur Genehmigung des Mannes widerrufen) und § 1830 (der Vormund behauptet wahrheitswidrig die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Der andere Vertragsteil ist bis zur Mitteilung der Genehmigung zum Widerruf berechtigt) nur zur

6) Staudinger § 108, 109 Anm. 1; Crome, System (1900) Band I, S. 351.

Ermittlung des generellen Sinnes, den die Widerrufsmöglichkeit verfolgen soll, und damit gegebenenfalls zur rechtsähnlichen Anwendung auf den Fall des § 207 HGB. herangezogen werden können.

§ 178 BGB. gibt demjenigen, der mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Vertrag geschlossen hat, ein Widerrufsrecht, sofern er von dem Mangel der Vertretungsmacht nichts gewußt hat. Der Widerruf kann bis zur Genehmigung des Vertrages erklärt werden.

Die Stellung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft ähnelt, wie die eines jeden Vorstandes einer juristischen Person, der eines Vertreters. Es heißt sogar im § 26. Abs. II BGB., daß der Vorstand eines Vereins die Stellung eines gesetzlichen Vertreters habe.

Wenn jemand für eine Aktiengesellschaft im Verkehr rechtsgeschäftlich handelnd auftritt, ohne Mitglied des Vorstandes zu sein, so würde ein Fall vorliegen, der dem ähnelt, in welchem ein Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt. Anders ist der Sachverhalt schon dann zu beurteilen, wenn ein Vorstandsmitglied handelt, aber die Grenzen seiner Vertretungsmacht überschreitet. An sich gehören zu Vertretern ohne Vertretungsmacht im bürgerlich-rechtlichen Sinne auch solche Personen, die unter Überschreitung der ihnen erteilten Vertretungsmacht handeln.

Wenn es im § 235 Abs. II HGB. heißt, daß eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes durch Gesellschaftsvertrag oder GV.-Beschluß Dritten gegenüber unwirksam sei, also nur innere, den Gesellschaftern gegenüber wirkende Bedeutung hat, und den Vorstand verpflichtet, solche Beschränkungen einzuhalten, so ist aus dieser Bestimmung freilich der Schluß zu ziehen, daß ein Vorstand, der die Beschränkungen nicht beachtet, nach außen wirkend als Vertreter auftreten kann. In einem derartigen Falle würde daher der Vorstand garnicht als eine Person betrachtet werden können, die ohne Vertretungsmacht handelt.

Anders steht es aber mit gesetzlichen Beschränkungen der Vertretungsmacht. Sie sind möglich, und es könnte als eine solche auch die Vorschrift des § 207 HGB. angesehen werden, wie dies vielfach geschieht, insbesondere vom Reichsgericht[7]). Diese Lehre nimmt an, daß durch das Erfordernis der GV.-Zustimmung die an sich unbegrenzte Vertretungsmacht des Vorstandes eingeschränkt sei. Die Vertreter dieser Lehre ziehen hier-

7) Staub-Pinner § 207, Anm. 5 und 5 a; Goldschmit, Handkommentar (1929), § 207 Anm. 3; Brodmann § 207, Anm. 4 a; Matzke, J.R. 1930, 223; RG. in JW. 1929, 2946; Bayr.Ob.LG. in JFG. 3, 307.

aus den Schluß, der Vorstand handle also als Vertreter ohne Vertretungsmacht, wenn die Generalversammlung ihre Zustimmung zu dem Vertrage nicht erteilt habe. Sie geben folgerichtig dem anderen Vertragsteil unter Heranziehung des § 178 BGB. als einer insoweit zwingenden Vorschrift ein Widerrufsrecht.

Selbst wenn man den Vorstand als „Vertreter" der Aktiengesellschaft im Sinne der §§ 164 ff. BGB. ansieht, kann der Lehre des Reichsgerichts und derer, die ihm folgen[8]), nicht zugestimmt werden.

§ 177 BGB. regelt den hier vorliegenden Fall nicht unmittelbar. Der Vorstand ist nicht Vertreter ohne Vertretungsmacht. Er und kein anderer vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Auch § 207 HGB. ist keine Ausnahme von dem Grundsatz des § 235 Abs. II HGB., daß seine Vertretungsmacht unbeschränkt und unbeschränkbar ist. Schließt er einen unter § 207 HGB. fallenden Vertrag zunächst ohne Zustimmung der Generalversammlung, so bleibt er auch in diesem Falle gesetzlicher Vertreter der Aktiengesellschaft; nur ist das Geschäft ohne Zustimmung der Generalversammlung noch unvollendet, weil ein Tatbestandsmerkmal, die Zustimmung, fehlt[9]). § 177 BGB. könnte nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Vorstand an Stelle der Generalversammlung handelte, und diese ihre Zustimmung vorher nicht erteilt hätte, d. h. also nur dann, wenn auch die Generalversammlung als solche den Vertrag aus eigener Rechtsmacht abschließen könnte. Denn nur dann wäre der Vorstand Vertreter der Generalversammlung ohne Vertretungsmacht. Vorstand und Generalversammlung sind aber beide Organe der Aktiengesellschaft; der Vorstand, das Vertretungsorgan, die Generalversammlung das vornehmliche Willensbildungsorgan.

Wollte man die §§ 177 ff. BGB. auf den Fall der Nachgründung anwenden, so müßte der Vertretene die Generalversammlung sein, die ihre Zustimmung zu der Handlung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (des Vorstandes) erteilte. Jedoch wird nicht die Generalversammlung durch den Vorstand vertreten, sondern die Aktiengesellschaft selbst[10]). Es ergibt sich also, daß für den Fall der Nachgründung durch den Vorstand ohne vorherige Zustimmung der Generalversammlung der § 177 BGB. um deswillen nicht paßt, weil einmal die Zustimmung

8) siehe Anm. 7.
9) v. Tuhr, Band II erste Hälfte, S. 274.
10) Flechtheim JW. 1929, 2944.

der Generalversammlung eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertrages ist, die mit der Frage der Vertretungsmacht des Vorstandes nichts zu tun hat. Zum andern ist der vom Vorstand Vertretene die Aktiengesellschaft, der Teil aber, dessen Zustimmung erforderlich ist, die Generalversammlung. Vertretener und Zustimmender fallen also auseinander. § 177 BGB. setzt demgegenüber gerade voraus, daß es der Vertretene ist, der dem vom Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrage seine Zustimmung erteilen kann.

Auch aus § 177 Abs. II BGB. ergibt sich, daß diese Bestimmung auf den Fall der Nachgründung nicht anwendbar sein kann. Es wäre widersinnig, wollte der Vertragsgegener der Generalversammlung die dort gewährte Frist von 14 Tagen mit der Aufforderung setzen, ihre Zustimmung innerhalb dieser Zeitspanne zu erteilen, da andernfalls die Genehmigung als verweigert gelte; denn zwischen Berufung der Generalversammlung und ihrem Zusammentritt muß mindestens eine Frist von 14 Tagen liegen, der Tag der Berufung und der Tag der Generalversammlung nicht mit eingerechnet (§ 255 Abs. I HGB.). Die Frist dauert also wenigstens 16 Tage und verlängert sich noch, wenn nach der Satzung die Tagesordnung in Blättern bekanntzumachen ist, da die Berufung erst mit der Bekanntmachung als erfolgt anzusehen ist[11]). Aus allem folgt, daß keine unmittelbare, sondern, wenn überhaupt, nur eine entsprechende Anwendung des § 177 Abs. II BGB. auf diesen Fall möglich wäre. Und selbst bei einer entsprechenden Anwendung müßte die in § 177 II BGB. enthaltene Frist gemäß den besonderen Umständen der Nachgründung verlängert werden[12]).

Die Gleichstellung eines Vorstandes mit einem Vertreter, wie sie von der eben besprochenen Meinung stillschweigend als selbstverständlich vorgenommen wird, ist aber höchst bedenklich. Gegen diese Auffassung spricht zunächst der Umstand, daß die Gesetze gewissen Organen juristischer Personen nur die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zusprechen, ohne aber sie als Vertreter zu bezeichnen. Hätte das Gesetz die Organe gewöhnlichen Vertretern gleichsetzen wollen, dann wäre es nicht nötig gewesen zu betonen, daß sie nur die Stellung eines gesetzlichen Vertreters haben sollten. Dieser besonderen Bezeichnung durch das Gesetz liegt aber

11) vgl. Staub-Pinner, § 255 Anm. 1.

12) Auch die entsprechende Anwendung des § 177 BGB wäre abzulehnen. So auch Geiler, JW. 1929, 2925; Flechtheim, JW. 1929, 2945.

auch ein sachlicher Unterschied zu Vertretern natürlicher Personen zu Grunde. Die juristische Person handelt durch ihre Organe. Diese sind ein Teil ihrer selbst, wie dies in der Bezeichnung „Organe" auch deutlich wird. Die Willensbildung der juristischen Person, die ein eigenes Lebewesen nicht ist, erfolgt durch eben diese Organe. Sie sind also von der juristischen Person nicht fortzudenken, ohne daß diese ihre Persönlichkeit im Rechtssinne einbüßte. Es kann deshalb zwischen dem Willen der juristischen Person und dem ihrer Organe nicht unterschieden werden, wie dies beim Vertreter und Vertretenen ohne weiteres möglich ist. Wenn das Gesetz die Willensbildung einer juristischen Person in dem Sinne festlegt, daß entweder ein Organ alleine diesen Willen bilden kann, in anderen Fällen aber mehrere Organe zusammenwirken müssen, damit der Wille wirksam zustande kommt, so sind diese Vorgänge durchaus verschieden von denen, wo ein Vertreter für eine natürliche Person handelt. Vertreter und Vertretener haben als selbständige Personen ihren eigenen Willen und das Gesetz erklärt, daß Bindungen für den Vertretenen ohne sein Einverständnis nicht hervorgerufen werden können. Erklärt der Vertreter seinen Willen, so liegt es beim Gesetz, ob es diesen Willen genügen lassen will, um Rechtswirkungen für den Vertretenen zu erzeugen oder nicht. Das Gesetz hat aber jedenfalls eine Bindung des Vertretenen abgelehnt, weil es diesen als selbständige Rechtspersönlichkeit anerkennt, dessen Willen über Bindung oder Nichtbindung entscheiden soll. Gerade eine solche selbständige Rechtspersönlichkeit fehlt der juristischen Person, die einer anderen, natürlichen Person, nicht entraten kann, um am Rechtsverkehr teilzuhaben. Der Vertretene ist in der Lage, selbständig aufzutreten. Er braucht sich keines Vertreters zu bedienen. Die juristische Person braucht einen „Vertreter".

Man könnte allerdings einwenden, daß diese Betrachtung nicht paßt, wenn es sich nicht um einen Vertreter handelt, der ohne Vertretungsmacht aufgetreten ist, sondern einen Minderjährigen, der ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters handelt. Auch in einem solchen Falle soll nach § 107 BGB. ein vom Minderjährigen geschlossener Vertrag schwebend unwirksam sein und bis zur Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter vom Gegner widerrufen werden können. Hier soll gerade der Wille des Vertreters, und nicht der des Vertretenen ausschlaggebend sein. Während also über die Bindung beim Vertreter ohne Vertretungsmacht der Vertretene entscheidet, entscheidet beim Minderjährigen darüber der Vertreter. Dieser Unterschied ist aber im Rahmen der vorliegenden Betrachtung bedeutungs-

los. Es steht dem Gesetz frei, ob es die Interessenwahrung einer Person in die Hände dieser Person selbst, oder einer dritten Person legen will. Beim Vertreter ohne Vertretungsmacht spricht das Gesetz dem Vertretenen das Recht zu, seine Interessen wahrzunehmen, beim Minderjährigen dem Vertreter. Die jeweils verschiedene Regelung beruht nicht auf logischen Gesichtspunkten, sondern auf Zweckmäßigkeitserwägungen.

Trotzdem bleibt ein gemeinsamer Unterschied gegenüber der Stellung eines Organs. Der Minderjährige kann handeln; er ist eine natürliche Person mit eigenem, natürlichem Willen, dem das Gesetz eine gewisse Bedeutung beilegt. Wenn das Gesetz den Willen des Minderjährigen durch denjenigen des gesetzlichen Vertreters ergänzen läßt, dann fordert es doch das Zusammentreffen von zwei selbständigen Willensbildungen, mag es auch die eine für ausschlaggebend erklären. Die juristische Person hingegen hat, wie dargelegt, ohne ihr Organ überhaupt keinen Willen.

Wenn endlich nach § 1395 BGB. eine Ehefrau zu Verfügungen über eingebrachtes Gut der Zustimmung ihres Ehemannes bedarf, ihre Verfügungen bis zur Genehmigung schwebend unwirksam sind und der Gegner auch hier zum Widerrufe berechtigt sein soll, so unterscheidet sich dieser Fall von den vorangegangenen insofern, als hier nicht Vertretung in Frage steht; denn die Frau handelt für sich selbst und der Mann ist nicht ihr gesetzlicher Vertreter. Allerdings handelt der Minderjährige auch für sich selbst. Aber grundsätzlich kann der gesetzliche Vertreter für ihn auftreten und ihn so ausschalten. Demgegenüber bedarf aber der Ehemann, wenn er über eingebrachtes Gut der Frau verfügen will, grundsätzlich der Zustimmung der Frau. Diese verschiedenartige Regelung erklärt sich wieder aus einer bestimmten gesetzlich geregelten Interessenwahrung. Der Mann soll das Gut der Frau nicht ohne ihre Zustimmung völlig entziehen können; andererseits soll aber die Frau dem Mann nicht ohne seine Zustimmung Gegenstände, die seiner Nutznießung unterliegen, nehmen können. Auch hier handelt es sich um selbständige Willensbildungen von zwei Personen, wobei den beiden vom Gesetz gleiches Gewicht zugemessen wird. Gegenüber der juristischen Person gelten aber dieselben Erwägungen, wie in den beiden erstgenannten Fällen.

Die vorausgegangene Betrachtung zeigt, daß es nicht ohne weiteres möglich ist, Vorschriften, die für den Vertreter ohne Vertretungsmacht, gelten, da zu verwerten, wo Organe für juristische Personen handeln.

Wenn wir aus den vorangegangenen Erwägungen die unmittelbare

Anwendbarkeit der §§ 177, 178 BGB. ablehnen, dann ist damit noch nicht gesagt, daß nicht trotzdem während der Schwebezeit der Vertrag dem Widerruf durch den Gegner ausgesetzt ist. Der Umstand, daß das Gesetz eine solche Widerrufsmöglichkeit nicht ausdrücklich vorsieht, sollte nicht entscheidend sein, weil die Ergänzung aus Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches möglich ist. Wenn die Möglichkeit eines Widerrufes in den drei vorgenannten Fällen auf einem Gedanken beruhte, der auch im Falle des § 207 HGB. zwingend durchschlägt, dann würde eine analoge Anwendung, sei es der Vorschriften der §§ 177, 178 BGB., sei es des Rechtsinstituts des Widerrufes ganz allgemein möglich sein. Demgemäß ist es erforderlich, zunächst den Gedanken herauszuarbeiten, auf dem die Widerrufsmöglichkeit in den drei Fällen beruht.

Die Widerrufsmöglichkeit soll dem Schutze des Gegners dienen. Sie entfällt gemäß den Vorschriften der §§ 109, 178, 1397 BGB., wenn der Gegner gewußt hat, daß er mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht, mit einem Minderjährigen, mit einer Ehefrau abschloß. Häufig kann es vorkommen, daß er über diese besonderen Eigenschaften der Person, die ihm gegenübertritt, nicht unterrichtet ist. Er erfährt dann erst nachträglich, daß der von ihm für abgeschlossen gehaltene Vertrag noch gar keine Wirkung enthalte. Daher soll er, weil ihm dies seine Interessen unter Umständen gebieten, berechtigt sein, sich von dem Vertrage wieder zu lösen, bevor dieser durch Genehmigung wirksam wird. Weiß er hingegen über die genannten Eigenschaften Bescheid, dann ist er nicht schutzbedürftig.

Diesen drei Fällen stehen Fälle gegenüber, in denen eine solche Widerrufsmöglichkeit ausschaltet. Wenn jemand in Kenntnis dessen, daß der Andere als Nichtberechtigter verfügt, von ihm erwirbt, kann er bis zur Genehmigung durch den Berechtigten nicht widerrufen. Der Grund, weshalb das Gesetz ihm die Widerrufsmöglichkeit versagt, liegt in seiner fehlenden Schutzwürdigkeit; er ist über den Mangel unterrichtet und nimmt daher die daran vom Gesetz geknüpften Rechtsfolgen in Kauf. Kennt er die fehlende Verfügungsbefugnis des Vertragspartners nicht, so wird er regelmäßig noch weitgehender geschätzt, als es durch ein Widerrufsrecht möglich wäre: er erwirbt das Recht auf Grund guten Glaubens.

Wenn jemand ferner mit einem Vormund einen Vertrag schließt, der zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bedarf, so soll er gleichfalls nicht widerrufen können, bis die Genehmigung erfolgt. Dies gilt auch dann, wenn er nicht weiß, daß der Vertrag einer

solchen Genehmigung bedarf, ihn also für wirksam hält. Der Grund für die Versagung des Schutzes in Gestalt einer Widerrufsmöglichkeit beruht darauf, daß die Unkenntnis gesetzlicher Vorschriften grundsätzlich anders behandelt wird, als eine entschuldbare Unkenntnis bestimmter Tatsachen. Unkenntnis des Gesetzes gilt als unentschuldbar.

Mit der Feststellung, welches der Grund für die verschiedene Behandlung der vorgenannten Fälle ist, kann man die Frage beantworten, ob im Falle des § 207 HGB. eine Widerrufsmöglichkeit besteht. Sie ist zu verneinen. Der Fall des § 207 HGB. ähnelt den Fällen der §§ 109, 177, 1395 BGB. nicht. Vielmehr muß er dem Fall des § 1829 BGB. an die Seite gestellt werden. Wer mit einer juristischen Person Verträge schließt, muß sich über die Vorschriften unterrichten, die im einzelnen anordnen, welche Organe bei der Willensbildung beteiligt sein müssen. Wenn das Gesetz also im § 207 HGB. die Zustimmung der Generalversammlung zu Verträgen der dort genannten Art erfordert, dann ist es Sache des Gegners, sich zu unterrichten, wer bei solchen Verträgen von den Organen der juristischen Person beteiligt sein muß. Auch der Vormund kann eine Reihe von Verträgen ohne Zustimmung des Vormundschaftsgerichts schließen. Bei anderen bedarf er, weil das Gesetz dies verlangt, der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts.

Man könnte allerdings einwenden, daß der Vertragsgegner bei Abschluß eines Vertrages nach § 207 HGB. dem Vertrage nicht ohne weiteres entnehmen kann, ob die verkauften Gegenstände „Anlagen" im Sinne der Vorschrift darstellen sollen, und ferner der Preis ein Zehntel des Grundkapitals übersteigt. Diese beiden Umstände liegen aber auf tatsächlichem Gebiet, und eine Unkenntnis derartiger Umstände würde gerade im Sinne der vorangegangenen Betrachtungen die Eröffnung einer Widerrufsmöglichkeit rechtfertigen können. Dem ist aber nicht so. Was den zweiten Punkt angeht, so kann sich der Vertragsgegner jederzeit durch Einsicht in das allgemein zugängliche Handelsregister (§ 9 Abs. I HGB.) überzeugen, in welchem Verhältnis der Kaufpreis zum Grundkapital steht; denn die Höhe des Grundkapitals ist eingetragen. Er kann also feststellen, ob die eine der Voraussetzungen, bei denen die Generalversammlung zustimmen muß, durch den Vertrag geschaffen wird.

Anders ist allerdings die Nachprüfung der Frage zu beurteilen, ob die Gegenstände eine dauernde Anlage darstellen sollen. Auch dies liegt auf tatsächlichem Gebiet. Der Vertragsgegner müßte sich deshalb in dieser

Richtung die nötige Kenntnis durch Befragung der die Gesellschaft vertretenden Organe verschaffen. Da das Gesetz ähnliche Fälle auch bei dem als Parallele herangezogenen § 1829 BGB. kennt, zeigt sich, daß diese Unkenntnis auf tatsächlichem Gebiet nicht ausreicht, um eine Widerrufsmöglichkeit zu eröffnen.

Wenn es z. B. in § 1822 Ziffer 1 heißt, der Vormund bedürfe der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem Rechtsgeschäft, durch das der Mündel zu einer Verfügung über sein Vermögen im Ganzen verpflichtet wird, so könnte der Vertragsgegner sich beim Abschluß eines Vertrages, der einen Inbegriff von Gegenständen des Mündels betrifft, sehr wohl im Irrtum darüber befinden, ob dieser Inbegriff von Gegenständen denn das gesamte Vermögen des Mündels darstellt. Bei der Vermögensübernahme im Sinne des § 419 BGB. soll es jedenfalls dann, wenn ein Inbegriff von Vermögenswerten übernommen wird, gleichgültig sein, ob der Erwerber gewußt hat, daß er damit das gesamte Vermögen des anderen übernahm. Denn bei der Übernahme eines Inbegriffs von Vermögenswerten müsse der Erwerber ohnedies mit der Möglichkeit einer Vermögensübernahme rechnen[13]). Das Gesetz schützt also den Erwerber eines Mündelvermögens nicht, wenn er in einem solchen Falle nicht weiß, ob der Inbegriff der Gegenstände das gesamte Vermögen des Mündels darstellte.

Ebenso muß sich jemand, der an eine Aktiengesellschaft Gegenstände veräußert, von denen er feststellen kann, daß ihr Preis ein Zehntel des Grundkapitals übersteigt, darüber vergewissern, ob diese Gegenstände Daueranlagen werden sollen oder nicht.

Nach alledem kann eine Widerrufsmöglichkeit für den Vertragsgegner im Falle des § 207 HGB. nicht anerkannt werden, solange die Wirksamkeit des Vertrages noch in Schwebe ist[14]).

Dieses Ergebnis wird noch gestützt durch folgende Erwägungen:

1. Die Frage, ob bei Verträgen des Vorstandes der Aktiengesellschaft mit Dritten diese an den Vertrag gebunden sind, hat nicht bloß wissen-

---

13) Enneccerus-Lehmann, § 86 II 1 b, S. 315.

14) Die das Reichsgericht bekämpfende Ansicht von Flechtheim und Geiler (a. a. O.) ist bereits behandelt worden. Die hier vertretene Ansicht kommt zu demselben Ergebnis, wie diese beiden Schriftsteller, wenn auch mit teilweise stark abweichender Begründung. Auf ihre Beweisführung, soweit sie nicht bereits im Vorhergehenden mitbehandelt ist, braucht im Einzelnen nicht eingegangen zu werden, da durch sie das gefundene Ergebnis nicht mehr gestützt werden kann.

schaftlichen Wert, sondern große praktische Bedeutung[15]). Es haben sich bereits Konsortien gebildet[16]), die früheren Grundstückseigentümern ihre Grundstücke wieder verschaffen wollen, wenn diese mit Aktiengesellschaften unter Verletzung des § 207 HGB. kontrahiert haben.

Dabei pflegte man sich auf die Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 1929, 2944 Nr. 12 zu berufen, in der das Reichsgericht auf den Fall des § 207 HGB. für die Handlungen des Vorstandes die §§ 177, 178 BGB. anwendet. Dem Verkäufer von Grundstücken wird auch nach Ablauf geraumer Zeit gestattet, den Vertrag gemäß § 178 BGB. zu widerrufen und dann die an die Aktiengesellschaft veräußerten Grundstücke herauszuverlangen[17]). Diese von „findigen Konsortien" betriebene Methode, die einmal unter Verstoß gegen § 207 HGB. abgeschlossenen Geschäfte in ihrer wirtschaftlichen Wirkung aufzuheben, hat den Betrieb der Aktiengesellschaft gestört[18]). Unverkennbar kann die Rechtsprechung des Reichsgerichts[19]) zu einer schweren Schädigung der Wirtschaft führen, wenn man so aus konstruktiven Gesichtspunkten über den Sinn des Gesetzes hinweggeht.

2. Eine entscheidende Stütze für unsere Ansicht bildet der Sinn des § 207 HGB., der nicht darauf abzielt, den Vertragsgegner zu schützen. Wäre aber diesem ein reines Widerrufsrecht seiner Willenserklärung eingeräumt, so würde nur er geschützt werden. Da der Sinn des § 207 HGB. auf Schutz der Aktionäre gerichtet ist, darf dem mit dem Vorstand kontrahierenden Vertragsgegner aus dieser Bestimmung kein Vorteil erwachsen, derart, daß er durch jederzeitigen Widerruf die Aktiengesellschaft schwer schädigen kann[20]).

Die Widerrufsmöglichkeit würde unbillig sein, also zu einem Ergebnis führen, das dem Sinn des § 207 HGB. nicht entspricht. Wenn die Gründer das Recht durch formlose Nachgründung verletzen, so tun sie das im allgemeinen in ihrem eigenen Interesse. (Man denke nur an den Fall, daß der Kaufpreis für eine zu übernehmende Anlage schon gezahlt ist und

15) Wie sich aus dem Zitat Geilers in JW. 1929, 2924 am Anfang ergibt.
16) Erich Eyck, Findige Konsortien. Vossische Zeitung vom 8. September 1929.
17) Das gilt auch für bewegliche Sachen, deren Wert $^1/_{10}$ des Grundkapitals übersteigt und die dem Geschäftsbetrieb dauernd zu dienen bestimmt sind. Bei Geiler, JW. 1929, 2924 ist nur von Grundstücken die Rede, weil sich bei diesen der Mißstand in ganz besonderem Maße herausgebildet hat.
18) Ury, JW. 1930, 1353.
19) RG. in JW. 1929, 2944 Nr. 12.
20) So auch Düringer-Hachenburg, § 207 Anm. 20.

der Vertragsgegner in Konkurs fällt, um dann, bevor sich die Generalversammlung mit der Sache befaßt, das Geschäft zu widerrufen). Der Widerruf, den das Reichsgericht[21]) dem Vertragsgegner des Vorstandes der Aktiengesellschaft gewährt, würde aber die Aktionäre treffen. Nicht beipflichten kann man dem Reichsgericht[22]) darin, daß ja jederzeit dieser Nachteil durch einen entsprechenden GV.Beschluß abgewendet werden könnte; dem ist nicht so. Soll durch die Generalversammlung ein Beschluß zur Genehmigung des Vertrages gefaßt werden, so muß dieser Punkt auf die Tagesordnung der Generalversammlung gesetzt werden. Hierdurch wird die Absicht der Gesellschaft bekannt, und der Gegner hat es in der Hand, noch vor der Fassung des Beschlusses schnell zu widerrufen. „Der Widerruf ist natürlich dann die Grundlage für Verhandlungen über eine nachträgliche Erhöhung des Kaufpreises oder sonstige Konzessionen der Gesellschaft[23]).

Daß die hier vertretene Ansicht zu richtigen Ergebnissen führt, zeigt folgendes Beispiel: Hat der Vorstand der Aktiengesellschaft Baumaterialien für die Herstellung eines Fabrikgebäudes unter den Voraussetzungen des § 207 HGB. erworben und die Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung längere Zeit verzögert, und würden die Preise der Baustoffe in der Zwischenzeit steigen, so könnte der Verkäufer bei Anwendung des § 178 BGB. auch noch nach Monaten den Vertrag widerrufen, um sich so die Marktlage nutzbar zu machen. Der Erfolg wäre, daß der Vorstand in neue Vertragsverhandlungen mit dem Verkäufer eintreten oder sich an eine andere Firma wenden müßte, beide Male mit dem Ergebnis einer Kaufpreiserhöhung für die gleichen Gegenstände.

III. Anfechtbarkeit.

Nachdem die Frage der Bindung oder Nichtbindung an den Vertrag erörtert worden ist und wir zu dem Ergebnis gekommen sind, daß ein freies Widerrufsrecht dem Vertragsgegner nicht zusteht, ist noch zu prüfen, ob er wegen der Zustimmungsbedürftigkeit des Vertrags diesen auf Grund des § 119 BGB. anfechten kann. Die Möglichkeit der Anfechtung wegen Irrtums ist um deswillen in den Kreis unserer Betrachtungen zu ziehen, weil der an die Aktiengesellschaft einen Gegenstand Veräußernde glauben

21) RG. in JW. 1929, 2924.
22) RG. in JW. 1929, 2924.
23) Flechtheim in JW. 1929, 2945.

könnte, einen unbedingt wirksamen Vertrag abzuschließen, in Wirklichkeit aber nur einen von der Zustimmung der Generalversammlung bedingten Vertrag abgeschlossen hat. Den Weg der Anfechtung wegen Irrtums hält Ury[24]) für den allein gangbaren, um dem Vertragsgegener ein Lösungsrecht von dem Vertrag zu geben. Er hält es für falsch, den Verkäufer an dem Vertrag festzuhalten, der Aktiengesellschaft aber durch GV.-Beschluß die Möglichkeit zu geben, ihre Zustimmung zu dem Vertrag zu versagen. Der Verkäufer sei in vielen Fällen nicht rechtsgebildet genug und nehme an, einen wirksamen Vertrag geschlossen zu haben. In dieser Annahme habe er sich geirrt und könne den Vertrag nach § 119 BGB. anfechten.

Ob diese von Ury vertretene Auffassung Anerkennung verdient, kann ohne ein näheres Eingehen auf die Voraussetzungen des § 119 I BGB. nicht beurteilt werden.

Der Irrtum über Willenserklärungen umfaßt nach § 119 I BGB. zwei Tatbestände: Den Irrtum über den Inhalt der Erklärung (§ 119 I Halbsatz 1) und den Irrtum über die Erklärungshandlung (§ 119 I Halbsatz 2 BGB.).

Wenn der Verkäufer annimmt, ein unbedingt wirksames Geschäft mit dem Vorstand abgeschlossen zu haben, in Wirklichkeit aber ein bedingtes abschließt, so scheidet der Fall des § 119 Abs. I Halbsatz 2 BGB. von vornherein aus, da der Verkäufer nicht über die Gestalt seiner Erklärung irrt. Er wollte einen Verkaufsvertrag mit dem Vorstand der Aktiengesellschaft schließen. Das hat er auch erklärt. Er irrt auch nicht über die Bedeutung seiner Erklärungshandlung, denn er weiß, daß sie auf Abschluß des bestimmten Vertrags gerichtet ist und will ihn auch.

Wenn ein beachtlicher Irrtum des Verkäufers überhaupt vorliegt, dann kann es nur ein solcher über den Inhalt der Erklärung gemäß § 119 Abs. I Halbsatz 1 BGB. sein. Bei der Veräußerung des Kaufgegenstandes mißt er seinen Worten einen andern Sinn bei, als sie in Wirklichkeit haben. Er glaubt, durch sie den Vertrag endgültig wirksam abzuschließen, gelangt aber nur zu einem rechtsbedingten Vertrag. Dieser Rechtsirrtum[25]) in der Person des Veräußerers stellt sich als ein Irrtum über die Rechts-

24) JW. 1930, 1353.

25) Der Rechtsirrtum steht grundsätzlich dem Tatsachenirrtum gleich; denn das Gesetz macht diesen Unterschied nicht. Vgl. RG. 62, 201; RGR.-Kommentar § 119 Anm. 2.

folgen des Geschäfts dar. Der Veräußerer mißt dem Geschäft einen anderen Erfolg bei, als es in Wirklichkeit hat. Er glaubt, einen vollwirksamen Vertrag abzuschließen, weiß aber nicht, daß ein Vertrag mit dem vereinbarten Inhalt der Zustimmung der Generalversammlung bedarf, kennt also nicht die regelmäßige Rechtsfolge von Verträgen dieses Inhalts. Infolge von Rechtsunkenntnis des Veräußerers erzeugt das von ihm gewollte Geschäft eine andere Rechtswirkung, als er angenommen und gewollt hat. Der Veräußerer irrt nicht nur über nebensächliche Rechtsfolgen des Geschäfts, sondern glaubt, ein inhaltlich anders geartetes Geschäft abzuschließen, als er tatsächlich abgeschlossen hat.

In diesen Fällen kann der Irrtum über die Rechtsfolge eines Geschäfts dann zu einem Irrtum über den *Inhalt* der Erklärung werden, wenn der erstrebte Erfolg Bestandteil des erklärten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes ist[26]). Nach RG. 134, 195 wird sogar regelmäßig ein sonst unbeachtlicher Rechtsfolgeirrtum zu einem beachtlichen Irrtum über den Inhalt der Erklärung, wenn ein Rechtsgeschäft erklärt worden ist, das eine von der gewollten *wesentlich verschiedene Rechtswirkung* hervorbringt[27]). Es ist anzunehmen, daß der Veräußerer, der mit dem Vorstand einer Aktiengesellschaft ein Geschäft abschließt und der von dem Erfordernis der Genehmigung nichts weiß, stillschweigend in seine Erklärung den Willen hineinlegt, das Geschäft müsse mit dem Abschluß vollwirksam werden. Da Wille und Erklärung sich nicht decken, liegt ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung vor.

Praktisch auszuschalten von einer Anfechtung wegen Irrtums sind die Fälle, in denen der Verkäufer den Vertrag vorbehaltlich der Zustimmung der Generalversammlung abschließt[28]). Weiter die Fälle, in denen dem Verkäufer das Erfordernis der Zustimmung der Generalversammlung bekannt war[29]). Sollte der Verkäufer dies Erfordernis nicht kennen, weil er

---

26) RG. 88, 271 ff.

27) Abzulehnen ist die Meinung derer, die annehmen, daß die Rechtsfolgen einer Willenserklärung grundsätzlich zum Inhalt der Erklärung gehören (so Oertmann, Seuff. Bl. Band 67, 29; Danz, in Jher. Jahrb. Bd. 46 S. 430 ff.). Wie hier Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 157 I 1, c; Planck-Flad, § 119, V, 4, b.

28) Geiler nimmt den Abschluß unter diesem Vorbehalt als Regel an (JW. 1929 S. 2945). Dem können wir uns nicht anschließen, weil der Wille des Verkäufers tatsächlich darauf gerichtet sein kann, nur einen sofort *vollwirksamen* Vertrag zu schließen.

29) Diese Kenntnis wird regelmäßig bei Grundstücksverkaufsverträgen vorliegen, da zu deren Wirksamkeit gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich ist (§ 313 BGB) und die Parteien vom Gericht oder Notar über die Gültigkeitsvoraussetzungen

die Organisation der Aktiengesellschaft rechtlich nicht genügend überblicken kann, so könnte er den Vertrag nach § 119 BGB. anfechten, gleichgültig, ob seine Nichtkenntnis auf Fahrlässigkeit beruhte[30]). Würde er mit der Möglichkeit rechnen, daß die Generalversammlung dem Vertrag zustimmen müßte — und das wird der Größe des Objekts (ein Zehntel des Grundkapitals) wegen in der Regel der Fall sein — so könnte ihm das Anfechtungsrecht nicht zugebilligt werden, weil dann kein Irrtum besteht. Der Verkäufer hat den Vertrag in einem solchen Fall selbst auf die Gefahr abgeschlossen, daß er nicht vollwirksam ist[31]).

Weitere Voraussetzung der Anfechtung ist, daß der Anfechtende bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles den Vertrag nicht abgeschlossen hätte (§ 119 I BGB.). Würde also der Verkäufer die Gegenstände nicht an die Aktiengesellschaft veräußert haben, wenn er gewußt hätte, daß die Genehmigung der Generalversammlung erforderlich ist, so könnte er den Vertrag anfechten. Er müßte die Tatsachen beweisen, die ihn von einem solchen Kaufabschluß abgehalten hätten, ein Beweis, der ihm nur selten gelingen wird. Zu diesem subjektiven Erfordernis muß noch ein mehr objektives hinzukommen: die verständige Würdigung des Falles. Hier kommt es darauf an, was der Anfechtende in dem konkreten Falle bei verständiger Würdigung des Falles getan hätte[32]).

Ury[33]) meint, die Anfechtung sei der einzige Weg für den Verkäufer, den Vertrag zu lösen. Auch nach der hier vertretenen Ansicht besteht theoretisch ein Anfechtungsrecht des Verkäufers wegen Irrtums. Praktisch jedoch scheidet dieser Fall aus, da der Verkäufer in der Regel von der Genehmigungsbedürftigkeit des Vertrages durch die Generalversammlung Kenntnis hat[34]) und selbst bei beachtlichem Irrtum zumeist nicht feststellbar sein wird, daß der Verkäufer bei Kenntnis und bei verständiger Würdi-

---

eines solchen Vertrages aufgeklärt werden. Vor der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung wird das Problem der Anfechtung nicht akut, weil die Parteien an den Vertrag noch nicht gebunden sind und somit jeder Vertragspartner seine Willenserklärung frei widerrufen kann. Die überhaupt nur möglichen Fälle einer Nichtkenntnis von dem Genehmigungserfordernis beziehen sich auf bewegliche Gegenstände, die Anlagen der Aktiengesellschaft werden sollen. Auch diese Verträge werden regelmäßig bei Anwesenheit eines Rechtskundigen abgeschlossen, da die Aktiengesellschaft bei der Bedeutung derartiger Verträge für ihr Unternehmen stets einen Juristen hinzuzieht.

30) RGR.-Kommentar § 119 Anm. 2; RG. 62, 205; 88, 411.

31) RG. 62, 205; 88, 411.

32) Über die teilweise subjektive Natur des Tatbestandsmerkmals „verständige Würdigung des Falles" vergl. Enneccerus-Nipperdey, § 157 II 1.

33) JW. 1930 S. 1353.

34) siehe Anmerkung 29 S. 33.

gung der Sachlage sich nicht zum Abschluß entschlossen haben würde. Weiter wird auch die Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB. den Verkäufer in der Regel davon abhalten, von einem ihm etwa zustehenden Anfechtungsrecht Gebrauch zu machen.

Die Bindung an den Vertrag darf keine unlösliche sein. Der Ansicht, die § 178 BGB. unmittelbar anwenden oder auf andere Weise die Bindung einschränken will, liegt das fraglos gesunde Bedürfnis zu Grunde, einen Ausgleich der Interessengegensätze zu schaffen und zu verhindern, daß der Vertragsgegner auf unbeschränkte Zeit der Zustimmung der Generalversammlung harren müßte.

Die Anwendung des § 178 BGB. auf den hier behandelten Fall ist gemäß den obigen Ausführungen aus rechtlichen Erwägungen abzulehnen. Die Anfechtung nach § 119 BGB. wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung, die Ury als den allein gangbaren Weg zu einer Lösung des Bindungsverhältnisses ansieht, ist zwar theoretisch möglich, aber praktisch selten gegeben.

Die richtige Begrenzungsmöglichkeit der Bindung schafft u. E. § 242 BGB. Aus § 242 BGB. würde sich folgender Weg als gangbar erweisen: Der Vertragsgegner hat der Aktiengesellschaft eine angemessene Frist zu setzen, damit die Generalversammlung durch Beschluß ihre Zustimmung erteilen kann. Nach Ablauf der Frist wird er von selbst frei. Eines besonderen Widerrufs bedarf es dann nicht mehr[35]).

IV. Schicksal des obligatorischen und des dinglichen Vertrages.

1. Ein ohne die Zustimmung der Generalversammlung geschlossener Nachgründungsvertrag ist unwirksam und wird nichtig, wenn die Genehmigung nicht binnen angemessener Zeit nach Vertragsschluß eingeholt oder wenn sie nachträglich verweigert wird. Die Frage, die hier auftaucht, ist dieselbe, welche man bei allen „fehlerhaften Verträgen" stellen muß: Welche Wirkung hat die Nichtigkeit? Ergreift sie sowohl das obligatorische als auch das dingliche Geschäft oder nur das erstere?

Auszugehen ist davon, daß der dingliche Vertrag grundsätzlich unabhängig von dem obligatorischen wirksam ist[36]).

35) So auch LG. Hamburg in JW. 1930, 2727; Geiler JW. 1929, 2925; RG. 121, 105; 130, 257. Flechtheim in JW. 1929, 2945; Düringer-Hachenburg (1934) § 207 Anm. 2.

36) Die Scheidung zwischen obligatorischem und dinglichem Geschäft ergibt sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Vergl. dazu Staudinger § 812 I 4; Wolff, Sachenrecht (1932) § 36 II, 4; JW. 1906, 70.

Trotz der rechtspolitischen Bedenken, die gegen die Scheidung geltend gemacht werden, ist an dieser Regelung festzuhalten. Wenn auch die Trennung in abstrakte und kausale Geschäfte dem Volksempfinden unverständlich ist[37]), da das Volk bei Güterverschiebungen wirtschaftlich denkt, das Auseinanderreißen dieser Verträge aber eine künstliche Scheidung wirtschaftlich zusammenhängender Dinge bewirkt, so ist doch wegen der positiven Regelung in unserem Gesetz[38]) und wegen der Klarheit und Sicherheit der Geschäftsbeziehungen hieran festzuhalten[39]). Nur wenn ausnahmsweise das Gesetz hiervon abweicht — sei es durch ausdrückliche Vorschrift, sei es, daß sein Sinn ein Abgehen von dieser Regel rechtfertigt — kann man beide Verträge in dieser Richtung einheitlich behandeln.

Es wird im folgenden zu erörtern sein, ob für den Fall des § 207 HGB. die Regel, d. h. Unabhängigkeit des dinglichen vom obligatorischen Vertrag einzugreifen hat, oder ob wegen der Besonderheit dieser Bestimmung ein Abgehen von der Regel gerechtfertigt ist. Vor Genehmigung der Generalversammlung ist, wie gezeigt, der zwischen Verkäufer und Vorstand geschlossene Vertrag in Wirksamkeitsschwebe[40]); dabei war unentschieden gelassen worden, ob sich der Schwebezustand nur auf das obligatorische, oder auf das obligatorische und dingliche Geschäft bezog. Die folgende Erörterung wird die Frage beantworten, ob während der Schwebezeit das dingliche Geschäft gleichfalls nur schwebend oder schon endgültig wirksam ist.

Die Fassung des § 207 HGB. läßt diese Frage unentschieden. Er spricht ganz allgemein von „Verträgen", die der Genehmigung der Generalversammlung beim Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen bedürfen. Ob damit nur der obligatorische Vertrag der Zustimmung der Generalversammlung unterworfen sein soll, oder ob sowohl dieser, als auch der dingliche Vertrag der Zustimmung zur Vollwirksamkeit bedürfen, ist nur aus allgemeinen rechtlichen Grundsätzen und aus dem Sinn des § 207 HGB. zu entnehmen.

Eine Reihe von Schriftstellern[41]) sind der Meinung, der Grundsatz

37) Vergl. Lange in „Nat. Soz. Handbuch f. Recht und Gesetzgebung", herausgegeben von Dr. Hans Frank (1935) S. 935 ff.; M. Wolff, Sachenrecht, (1932), § 38 II. 4.

38) Die Scheidung zwischen obligatorischem und ... (s. oben Anm. 36 S. 35) und Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 139 I, 5 b.

39) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 139, I, 5 b.

40) Siehe Seite 10 Anm. 11 und Seite 19 f.

41) So Koenige-Teichmann-Koehler, Handkommentar § 207, Anm. 4; Güte-Triebel, Grundbuchordnung (1929), § 33 Anm. 16.

gegenseitiger Unabhängigkeit von obligatorischem und dinglichem Geschäft habe auch auf dem durch § 207 HGB. geregelten Gebiet Anwendung zu finden und werde durch diese Bestimmung nicht durchbrochen. Demzufolge erstrecke sich die schwebende Unwirksamkeit eines vom Vorstand ohne Zustimmung der Generalversammlung abgeschlossenen Geschäfts nur auf den obligatorischen Vertrag. Makower[42]) sagt: „Nur bezüglich des der Auflassung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts ist die Vertretungsmacht des Vorstandes beschränkt". Die gleiche Ansicht teilen C. Predari[43]), das Kammergericht[44]), Geiler[45]) und Lehmann-Ring. Letzterer führt aus: „Aber nur bezüglich dieses Vertragsschlusses (des obligatorischen) ist der Vorstand nicht zur wirksamen Vertretung der Gesellschaft befugt. Seine Fähigkeit zur Vertretung der Gesellschaft bei dem Abschluß dinglicher Verträge wird hierdurch nicht berührt[46]).

Nur der Sinngehalt des § 207 könnte dazu führen, auch das dingliche Geschäft von der Zustimmung der Generalversammlung abhängig zu machen, bei Verweigerung der Genehmigung oder bei endgültiger Verwirkung nach einer gewissen Frist[47]) also Nichtigkeit des dinglichen Vertrages anzunehmen. Maßgebend für diese Ansicht könnte die Überlegung sein, daß der Zweck des Gesetzes nicht erreicht würde, wenn bei Nichtgenehmigung des Vertrages nur der obligatorische, nicht aber auch der dingliche Vertrag nichtig wäre. Diese Ansicht vertritt Düringer-Hachenburg[48]). Er meint, es würde dem Geist des Gesetzes widersprechen, wenn die Gesellschaft Eigentümerin der von dem Veräußerer erworbenen Grundstücke und beweglichen Sachen werden würde. Auch Staub-Pinner[49]) behandelt beide Verträge einheitlich. Das Bayrische Oberste Landesgericht[50]) läßt nicht deutlich erkennen, nach welcher Richtung es sich entschieden hat, scheint aber doch den dinglichen und den obligatorischen Vertrag gleich behandeln zu wollen. Friedrich Goldschmit in der Anmerkung zu dieser Entscheidung[51]) und in „Die Aktiengesellschaft"[52]) entscheidet sich im

42) Handelsgesetzbuch mit Kommentar (1906), § 207.
43) Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897 (1913) § 33, Anm. 3.
44) in JFG. Band I, S. 376.
45) in JW. 1929, 2926.
46) Lehmann-Ring (1913), Das Handelsgesetzbuch, § 207 Anm. 7.
47) siehe oben S. 35.
48) § 207 Anm. 13.
49) Kommentar § 207 Anm. 5.
50) JW. 1925, 1646.
51) JW. 1925, 1646.
52) 1927, § 207 Anm. 3.

Sinne der Abhängigkeit des dinglichen Geschäfts von der GV.-Zustimmung. Ihm folgen das Reichsgericht[53]) und Brodmann[54]), der den Satz aufstellt: „Überschreitet das Kausalgeschäft die Machtbefugnis des Vorstandes, so gilt das von dem Verfügungsgeschäft, man wäre versucht zu sagen, erst recht." Weiter sagt er in bezug auf die Scheidung abstraktes — kausales Geschäft: „Aber das ist eine hier nicht angebrachte Unterscheidung." Eine Begründung dafür, warum in diesem konkreten Fall von der Regel abgegangen werden soll, gibt Brodmann freilich nicht. Statt eines Beweises stellt er eine weitere Behauptung auf: „Die Auffassung ist doch gerade der Vertrag, den zu schließen der Vorstand ohne Genehmigung der Generalversammlung nicht die Macht besitzt"[55]).

Goldschmit[56]) wendet sich gegen die Meinung des Kammergerichts[57]) mit folgender Begründung: „Das KG. übersieht, daß sowohl das Grundgeschäft, wie das Erfüllungsgeschäft unter einer, und zwar der nämlichen Rechtsbedingung ... stehen und daher bei der Nichterfüllung der Rechtsbedingung das gleiche Schicksal haben müssen." Eine Begründung seiner Ansicht ist in der Aufstellung dieses Satzes nicht zu erblicken. Wenn ein Rechtsgeschäft von einer Rechtsbedingung abhängt, so ist gerade die Frage, ob sowohl das obligatorische, als *auch* das *dingliche* Geschäft nur bei ihrem Vorliegen wirksam wird. Goldschmits Begründung schlägt also nicht durch.

Den stärksten Beweisgrund für diese Ansicht bildet der rechtspolizeiliche Charakter der Vorschrift. Alle an dem Vertrag Beteiligten sollen vor Schädigungen durch den Vorstand geschützt werden, ähnlich, wie eine öffentlichrechtliche Vorschrift den Schutz aller derjenigen bezweckt, auf die der in ihr enthaltene Tatbestand zutrifft. „Es handelt sich um einen im öffentlichen Interesse aufgestellten Publizitätszwang"[58]). Von diesem Standpunkt geht Düringer-Hachenburg[59]) aus, der hervorhebt, daß § 207 HGB. die vom Vorstand ohne Zustimmung der Generalversammlung geschlossenen Nachgründungsverträge in ihrer *Totalität unwirksam* mache. Er sagt wörtlich: „Die Ungültigkeit (nur) des kausalen Geschäfts

53) in JW. 1929, 2946; RG. 130, 252.
54) Kommentar § 207 Anm. 4 b.
55) Brodmann, Kommentar § 207 Anm. 4 b.
56) in JW. 1926, 1646.
57) KG. in JFG. I, 376.
58) Hagelberg in Festschrift für Oberneck S. 223.
59) Kommentar § 207 Anm. 13.

hätte die Bereicherungsklage zur Folge. Der Veräußerer haftete nur auf diese." Nicht nur das Übereignungsgeschäft des Verkäufers an die Aktiengesellschaft ist nach Düringer-Hachenburg nichtig, sondern § 207 HGB. erstreckt seine Unwirksamkeitsfolgen auch auf die Übereignung des von der Aktiengesellschaft an den Verkäufer zu entrichtenden Kaufpreises oder auf die sonst zu erbringende Gegenleistung.

Düringer-Hachenburg geht damit über den Sinn des § 207 HGB. hinaus und will der Vorschrift eine Tragweite beilegen, an die der Gesetzgeber offenbar selbst nicht gedacht hat.

U. E. läßt sich aber aus Sinn und Wortlaut des § 207 HGB. eine so umfassende Wirkung nicht herleiten. Diese Meinung ist mit der anderen zusammen zu behandeln, deren Vertreter nicht soweit gehen, wie Düringer-Hachenburg. Dieser sieht den Nachgründungsvertrag in seiner Totalität als unwirksam an. Jene[60]) verknüpfen das Schicksal des dinglichen mit dem des obligatorischen Vertrages und machen so das dingliche Geschäft gleichfalls von der Zustimmung der Generalversammlung abhängig. Beide Meinungen sind u. E. aus mehreren Gründen abzulehnen.

1 a) Für die hier vertretene Meinung spricht zunächst der Wortlaut des § 207 HGB. Danach bedürfen „Verträge der Gesellschaft, nach denen sie ... Anlagen ... erwerben soll .." der Zustimmung der Generalversammlung. Die Wendung „erwerben soll" im Gesetz läßt darauf schließen, daß sich die Zustimmung der Generalversammlung auf die obligatorischen Verträge zu beschränken hat. Das gibt auch Goldschmit, obgleich er zu einem anderen Ergebnis gelangt, zu[61]). Die gleiche Ansicht vertritt Geiler[62]).

1 b) Weiter steht die hier bekämpfte Ansicht mit dem in unserem Gesetz niedergelegten Grundsatz der Trennung von obligatorischen und dinglichen Verträgen in Widerspruch, der besagt, daß der dingliche Vertrag unabhängig von der Wirksamkeit des obligatorischen gültig ist. Die Ausnahmen von dieser Regel kommen hier nicht in Betracht[63]). Nur wenn der Sinn der Vorschrift dahin zielte, könnte man beide Verträge bei fehlender Zustimmung der Generalversammlung für unwirksam erklären. Der Sinn spricht aber u. E. gerade gegen die obige Auffassung. Da

60) Vergl. S. 37, 38.
61) JW. 1925, 1646.
62) JW. 1929, 2925.
63) z. B. §§ 134, 148 II BGB.

§ 207 HGB. zum Schutze der Gesellschaft und ihrer Aktionäre geschaffen ist, also ein Benachteiligung durch verlustbringende Erwerbsgeschäfte des Vorstandes verhindern will, der dingliche Erwerb der Gesellschaft und den Aktionären aber nur vorteilhaft sein kann, so liegt dieser Erwerb durchaus im Sinne der Vorschrift. Anders steht es mit dem obligatorischen Vertrag: er verpflichtet die Aktiengesellschaft zu Leistungen bestimmter Art, deren Erfüllung für sie sehr nachteilig sein kann.

Hierbei ist allerdings nur der eine Teil des dinglichen Geschäfts zwischen Gesellschaft und Dritten in Betracht gezogen, nämlich die Eigentumsübertragung an die Aktiengesellschaft. Als Gegenleistung hat die Aktiengesellschaft den Kaufpreis zu zahlen.

Dem Rechtsgedanken des § 207 HGB., der den Schutz der Aktionäre bezweckt, wäre scheinbar genügt, wenn bei einem solchen Vertrage nur das Gegenleistungsgeschäft der Aktiengesellschaft (die Kaufpreiszahlung) von der Genehmigung der Generalversammlung abhängig gemacht würde, der dingliche Erwerb durch sie jedoch unbedingt wirksam wäre. Eigentümerin des Geldes bliebe die Aktiengesellschaft bis zur Genehmigung, und ein Rechtsverlust würde sie auf Grund der Zahlung des Kaufpreises unmittelbar nicht treffen. Andererseits erlangte sie sofort das Eigentum an den zu erwerbenden Grundstücken, weil hieran das Genehmigungserfordernis der Generalversammlung nicht geknüpft wäre.

Sieht man davon ab, daß der Wortlaut des § 207 HGB. selbst bei weitherzigster Auslegung niemals zu diesem Ergebnis führen kann, so wäre auch praktisch mit einer derartigen Auslegung wenig erreicht. Denn der Erwerber der meist in Geld bestehenden Gegenleistung wird durch Vermischung ohnehin bald Eigentümer der Gegenleistung sein, und die Aktiengesellschaft wäre folglich auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung angewiesen, den sie im Fall der Nichtgenehmigung wegen Unwirksamkeit des obligatorischen Vertrages ohnehin hätte.

Dem dinglichen Erwerb von Sachen auf Grund von Nachgründungsverträgen des Vorstands mit Dritten gegenüber weist das Reichsgericht in Band 130, S. 252 darauf hin, daß der durch § 207 HGB. bezweckte Schutz nur unvollkommen erreicht und die Gesetzesumgehung bedenklich erleichtert würden, „wenn das ungesetzliche Geschäft in irgendeiner Hinsicht, sei es auch nur für den dinglichen Erfüllungsvorgang gegenüber der Aktiengesellschaft als wirksam behandelt würde“[64]). Die Gegner die-

64) RG. 130, S. 252.

ser Ansicht lassen sich von der Vorstellung beeinflussen, „als ob das Erfüllungsgeschäft der Aktiengesellschaft immer Vorteile bringen müßte“[65]).

Das Reichsgericht leitet seine Ansicht aus dem Zweck des Gesetzes her und meint, daß die entgegengesetzte Ansicht auf ihn zu wenig Wert lege. Gerade der Zweck des § 207 HGB., der auch in dieser Arbeit stets in den Vordergrund gerückt wird, führt zur Anerkennung der unbedingten, von der GV.-Zustimmung unabhängigen Wirksamkeit des dinglichen Geschäfts. Der Angriff des Reichsgerichts gegen die ihm widersprechende Lehre geht fehl. Es behauptet, die gegnerische Lehre[66]) nehme zu unrecht an, daß jeder dingliche Erwerb der Aktiengesellschaft stets Vorteile bringen müßte[67]). Demgegenüber ist zu sagen, daß auch für den Fall des § 107 BGB., in welchem der Minderjährige der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu Geschäften nicht bedarf, die ihm „lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen“, anerkannt ist, daß ein solcher lediglich rechtlicher Vorteil in dem abstrakten Eigentumserwerb von Geld oder anderen Gegenständen liegt[68]).

Abgesehen davon wird der mit § 207 HGB. bezweckte Schutz durch diese Regelung nicht „nur unvollkommen erreicht“[69]). Würde man nämlich der Ansicht des Reichsgerichts folgen, daß neben dem obligatorischen Geschäft auch das dingliche Erwerbsgeschäft der Aktiengesellschaft nichtig sei, so käme man zu folgendem unbilligem und m. E. unhaltbarem Ergebnis: die Aktiengesellschaft würde vor der Zustimmung der Generalversammlung nicht Eigentümerin der Grundstücke und der als Anlagen dienenden beweglichen Sachen, da auch der dingliche Vertrag von der GV.-Zustimmung abhängig ist. Der Vertragsgegner hätte also den Anspruch aus § 985 BGB., die Aktiengesellschaft im Verlauf der Ereignisse nur einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Sollte die Bereicherung weggefallen sein, so würde die Aktiengesellschaft nichts erhalten (§ 818 Abs. 3 BGB.). Fällt der Verkäufer in der Zeit zwischen Übergabe der vertragsgemäß zu leistenden Sachen und der Genehmigung der Generalversammlung in Konkurs, dann bliebe die Gesellschaft auf eine bloße

65) RG. 130, S. 252.
66) Rospatt, Bankarchiv 1930 S. 346 ff.; Geiler JW. 1929, 2925 ff.; Hagelberg, JW. 1930, 308.
67) RG. 130, S. 252.
68) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 142, II, 1 a; Planck § 107 Anm. I, 3 d; RGR.-Kom. § 107, Anm. 2.
69) So RG. 130, S. 252.

Konkursforderung angewiesen (§ 3 KO.). Im umgekehrten Falle, wenn also die Aktiengesellschaft in Konkurs fiele, hätte der Gegner ein Aussonderungsrecht, da die Gesellschaft vor der Zustimmung der Generalversammlung noch nicht Eigentümerin der Sachen geworden wäre. Das Ergebnis würde dem Sinn des § 207 HGB. zuwiderlaufen. Die Aktionäre, die doch geschützt werden sollen, werden benachteiligt, und stattdessen wird der Veräußerer geschützt. Die Aktiengesellschaft steht aber besser da, wenn sie selbst Volleigentum erwirbt, und der Gegner die Sachen nicht vindizieren kann. Dem Reichsgericht ist demnach auch in diesem Punkt zu widersprechen[70]) [71]).

Für die hier vertretene Ansicht spricht weiter die Verkehrssicherheit. Wenn nämlich die Rechtsbedingung[72]) der Zustimmung der Generalversammlung sich auf den dinglichen Schwebezustand bezieht, so ergibt sich folgender bedenklicher Zustand: das Eigentum an den Anlagen und Grundstücken könnte, weil unter Umständen bis zur Genehmigung der Generalversammlung Monate verstreichen, noch dem Verkäufer zustehen, obgleich jeder Dritte annimmt, die Aktiengesellschaft sei Eigentümerin geworden. Man denke an folgenden eigenartigen Fall[73]): Sämtliche Anteile einer Grundstücksgesellschaft werden nachträglich von einer Aktiengesellschaft ohne Einhaltung der Form des § 207 HGB. erworben. Da der Tatbestand des Absatzes 5 in diesem Fall nicht vorliegt, entstehen

---

70) Wie hier Hagelberg in JW. 1930, S. 308. Er spricht allerdings hier von der Wirkung des § 186, IV HGB. auf das dingliche Geschäft und kommt zu dem Ergebnis, daß das dingliche Geschäft trotz Umgehung der Vorschriften über die Sachgründung wirksam sein müsse, weil das gesamte Risiko einer Umgehung der Schutzvorschriften der Aktiengesellschaft aufgebürdet werde. Die dort entwickelten Gedankengänge passen auch auf die Wirkungen des § 207 HGB auf das obligatorische und dingliche Geschäft.

71) Der von Düringer-Hachenburg (oben S. 38) vertretenen Lehre von der totalen Unwirksamkeit des zwischen Vorstand und einem Dritten abgeschlossenen Nachgründungsvertrages stehen dieselben Argumente entgegen, wie der des Reichsgerichts. Düringer-Hachenburg glaubt, mit seiner Lösung dem Sinn des § 207 HGB. am nächsten zu kommen, erreicht aber praktisch auch nichts anderes, als das Reichsgericht: Die Aktiengesellschaft wird nicht Eigentümerin der von dem Vorstand gekauften Sachen, da es hierzu der Genehmigung der Generalversammlung bedarf. Der Erwerber wird nicht Eigentümer des ihm vom Vorstand übergebenen Geldes aus demselben Grunde. Die letztere Folge hat aber tatsächlich nur theoretischen Wert. Der an die Aktiengesellschaft Veräußernde erwirbt Eigentum an dem Gelde durch Vermischung (§§ 948, 951 BGB.), sodaß nunmehr die Lösung Düringer-Hachenburgs sich in nichts mehr von der des Reichsgerichts unterscheidet. Sie ist aus dem gleichen Grunde, wie die des Reichsgerichts abzulehnen.

72) Enneccerus-Nipperdey, § 181, II, 2; Staub-Pinner § 207 Anm. 5.

73) zitiert bei Geiler in JW. 1929, 2926.

mehrere Jahre nach dem Vollzug des Geschäfts Zweifel an der Rechtswirksamkeit gemäß § 207 HGB. Wollte man hier die aus § 207 HGB. folgende Unwirksamkeit auch auf das Erfüllungsgeschäft ausdehnen, so würde sich damit ergeben, daß die Aktiengesellschaft Jahre hindurch gar nicht Inhaberin der Anteile gewesen ist. Alle inzwischen gefaßten Beschlüsse, wie die Regelung der Geschäftsführung, eine etwa inzwischen vorgenommene Kapitalserhöhung, wären hinsichtlich ihrer Gültigkeit in Frage gestellt.

Zusammengefaßt lautet das Ergebnis folgendermaßen:

In dem dinglichen Erwerb der Sachen liegt ein rechtlicher Vorteil für die Gesellschaft. Insoweit bedarf es also nach dem wirtschaftlichen Sinn des § 207 HGB. keiner Genehmigung durch die Generalversammlung. Wollte man aber nur das Gegenleistungsgeschäft von der Genehmigung der Generalversammlung abhängig machen, so widerspräche dies, wie gezeigt, sowohl dem Wortlaut wie dem Sinn der Vorschrift. Diese Tatsache, sowie der unser Recht beherrschende Grundsatz scharfer Scheidung des obligatorischen vom dinglichen Geschäft, wonach dann beide Verträge durchaus verschiedene Rechtsschicksale erleiden, führt zur Ablehnung der Lehre, welche auch die dingliche Rechtsübereignung an die Gesellschaft an die Genehmigung der Generalversammlung knüpft.

Im Anschluß an die hier vertretene Meinung ist die Sachlage folgende: Da nur der obligatorische Vertrag bei Nichtgenehmigung durch die Generalversammlung nichtig, der dingliche aber gültig ist, bleibt jeder Vertragsteil auf dem Bereicherungsanspruch beschränkt. Die Aktiengesellschaft braucht die Anlage oder das Grundstück dem Verkäufer nicht nach § 985 BGB. herauszugeben, um sich dafür mit dem Bereicherungsanspruch nach §§ 812 ff. BGB. zu begnügen. Auch erhält die Gesellschaft mit ihrer Leistung sofort das Eigentum an dem Gegenstand der Gegenleistung. Hierdurch wird das nicht zu billigende Ergebnis der anderen Meinung vermieden, nach welcher nur der Verkäufer Eigentümer des Geldes, nicht aber die Aktiengesellschaft Eigentümerin der Anlagen wird.

2. Schicksal des Grundstücksvertrages.

Die verschiedenen Anschauungen von der Wirkung der erst nach Vertragsschluß zwischen Vorstand und Dritten erteilten Zustimmung der Generalversammlung wirken sich bei der Übereignung von Grundstücken besonders im Hinblick auf die Frage aus, ob der Grundbuchrichter die

Auflassung trotz einstweilen noch fehlender Zustimmung der Generalversammlung entgegennehmen und den Erwerb ins Grundbuch eintragen muß.

Die herrschende Lehre[74]) meint, der Vorstand allein könne die Auflassung nicht wirksam entgegennehmen, weil ihm dazu die Vertretungsmacht fehle. Einige[75]) halten die Auflassung zwar für möglich; die Eintragung aber müsse vom Grundbuchrichter verweigert werden, weil das dingliche Recht noch nicht auf die Aktiengesellschaft übergegangen sei[76]). Solange die Generalversammlung ihre Zustimmung als zweites Organ der Aktiengesellschaft zu dem Vertrag noch nicht erteilt habe, fehle es an einer wirksamen Einigung. Der Grundbuchrichter müsse die Eintragung demgemäß aussetzen[77]). Trage der Grundbuchrichter doch ein, so sei das Grundbuch unrichtig geworden, und der Verkäufer könne Berichtigung verlangen und einen Widerspruch eintragen lassen (§ 899 BGB.). Bei Weiterveräußerung des Grundstücks durch die Aktiengesellschaft könne der Dritte nur Eigentum erwerben, wenn kein Widerspruch eingetragen und er redlich sei. Staub-Pinner spricht von einer gesetzlichen Ausnahme von der an sich unbeschränkten Vertretungsmacht des Gesellschaftsvorstandes. Auch er verlangt daher Aussetzung der Eintragung bis zur Genehmigung der Generalversammlung. — Abweichend hiervon meint Brodmann[78]), daß der Vorstand nicht einmal die Auflassung vornehmen könne. Der Grundbuchrichter dürfe also auch die Auflassung nicht beurkunden.

Abwegig ist die Lehre von Staub-Pinner, der den Vorstand als Vertreter ohne Vertretungsmacht ansieht, aus den oben (S. 22 ff.) angeführten Gründen[79]). Aber auch die Ansicht Düringer-Hachenburgs, der den Vorstand allein nicht für berechtigt hält, sich mit einem Dritten über den Erwerb von Anlagen wirksam in der Weise zu „einigen", daß die Aktiengesellschaft Eigentum erwirbt, ist aus dem oben (S. 39, 1 a, 1 b) Gesagten abzulehnen. Zwar ist es richtig, daß der Wille des Vorstandes allein nicht ausreicht, Nachgründungsverträge wirksam abzuschließen. Es muß

74) Staub-Pinner § 207 Anm. 5; Düringer-Hachenburg § 207 Anm. 13; Brodmann § 207 Anm. 4 b; Arthur Brand, das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts (1911) § 207 nm. 3 b; Samuel Goldmann, das Handelsgesetzbuch (1905) § 207 Anm. 25; Friedrich Goldschmit, die Aktiengesellschaft (1927) § 207 Anm. 3.

75) so Staub-Pinner § 207 Anm. 5; Düringer-Hachenburg § 207 Anm. 13; Goldmann § 207 Anm. 25; Brand § 207 Anm. 3 b.

76) so Düringer-Hachenburg § 207 Anm. 13.

77) Staub-Pinner § 207 Anm. 5.

78) Kommentar § 207 Anm. 4 b.

79) vgl. gegen Staub-Pinner auch Hagelberg in Festschrift für Oberneck S. 218.

zu dem Willen des einen Organs (des Vorstandes) noch der Wille des anderen Organs (der Generalversammlung) hinzukommen; denn in diesem Fall besteht der Wille der juristischen Person „Aktiengesellschaft" aus zwei Teilwillen, die nur zusammen eine wirksame Willensäußerung der Aktiengesellschaft darstellen. Da also auf Seiten der Aktiengesellschaft im Fall des § 207 HGB. der Wille nicht allein vom Vorstand geformt wird, sondern erst mit Zustimmung der Generalversammlung ein „vollständiger" Wille vorhanden ist, würde ohne diese Zustimmung an sich wegen fehlenden Willens eines Vertragsteils der zwischen Vorstand und Drittem geschlossene Vertrag nichtig sein. Der Gesetzgeber hat es aber in der Hand, auch solchen Verträgen bereits schwebende Wirksamkeit zu verleihen, wie es im Fall des § 207 geschehen ist[80]). Da aus den obengenannten Gründen (Sinn des § 207 HGB., Verkehrssicherheit, grundsätzliche Scheidung des dinglichen und des obligatorischen Vertrages) der dingliche Vertrag bereits vor Zustimmung der Generalversammlung allein durch den Abschluß des Vorstands mit dem Dritten wirksam ist, so ist auch der Grundbuchrichter verpflichtet, die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch vorzunehmen, wenn auch die Generalversammlung dem Vertrag noch nicht zugestimmt hat[81]).

§ 5. Der Beschluß der Generalversammlung.

I. Zustimmung vor Abschluß des Vertrages.

Wenn durch § 207 HGB. der Gesetzgeber Nachgründungsverträge unbedingt der Entscheidung der Generalversammlung unterwerfen wollte, so bleibt die Frage offen, ob die Generalversammlung die Macht hat, schon vor Abschluß eines Vertrages ihre Zustimmung zu geben, ob also dem Vorstand für diesen Vertrag oder für alle gegebenenfalls abzuschließenden, unter § 207 HGB. fallenden Verträge die Macht zum wirksamen Abschluß verliehen werden kann.

1. Zu einem bereits feststehenden Vertrag.

Vorweg ist der Fall auszuschalten, wo ein bereits in allen Einzelheiten oder wenigstens in großen Umrissen feststehender, in Zukunft abzuschlie-

80) so herrschende Meinung.

81) so auch Güthe-Triebel § 33 Anm. 16; Predari, die Grundbuchordnung (1907) § 33 Anm. 3; KG. in JFG. I, 372 mit ausführlicher Begründung; Lehmann-Ring, das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich (1913) § 207 Anm. 9; Behrend, § 134 Anm. 7; Makower § 207 Anm. 16.

ßender Vertrag vorliegt, zu dem die Generalversammlung ihre Zustimmung erteilt. Hier besteht kein Zweifel: Zu einem solchen Vertrage kann die Generalversammlung ihre Einwilligung im voraus erteilen. Der § 207 HGB. spricht von „Zustimmung" der Generalversammlung, deren es zur Wirksamkeit von Verträgen mit dem dort näher bezeichneten Inhalt bedarf. Der Begriff der „Zustimmung" umfaßt aber sowohl die vorherige (Einwilligung) als auch die nachfolgende Zustimmung (Genehmigung).

2. Zu inhaltlich noch unbestimmten Verträgen („Blankovollmacht" des Vorstandes).

Fraglich allein bleiben die Fälle, in denen die Generalversammlung entweder in einem Einzelfall oder in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen ihre Zustimmung zu Verträgen gibt, die der Vorstand aus eigener Machtvollkommenheit in Zukunft abschließen will und deren Inhalt noch in keiner Weise feststeht. Hier ist zu prüfen, ob nach dem Sinn des Gesetzes ein derartiger Verzicht der Generalversammlung auf ihr Zustimmungsrecht zulässig ist, oder ob der Vertrag in seinem Inhalt zunächst feststehen muß, und die Generalversammlung nunmehr erst Stellung zu nehmen hat.

Für den Verzicht der Generalversammlung auf ihr Zustimmungsrecht würde die Tatsache sprechen, daß die Generalversammlung als Versammlung der Aktionäre und oberstes Willensorgan der Aktiengesellschaft das Recht haben müßte, auf die ihr zustehende Zustimmungsbefugnis zu Verträgen in einem bestimmten Rahmen zu verzichten. Wenn die Generalversammlung ihre Zustimmung zu derartigen Verträgen geben kann, nachdem diese bereits in allen Einzelheiten feststehen, muß sie, so könnte man sagen, auch das Recht haben, diese Zustimmung schon zu erteilen, wenn der Inhalt der Verträge noch nicht bekannt ist. Die einzige Vorschrift, gegen die ein solcher Verzicht verstoßen könnte, wäre § 207 HGB. Er bezweckt den Schutz der Aktionäre vor Übervorteilung durch den Vorstand bei Abschluß von Nachgründungsverträgen. Wenn aber diejenigen, deren Schutz eine Vorschrift dient, ausdrücklich auf ihn verzichten, sei es, weil sie der Schädigungsmöglichkeit eine erhöhte Bedeutung nicht beimessen, sei es, weil sie dem Vorstand in seiner Geschäftsgewandtheit und Ehrlichkeit voll vertrauen, dann bestünde, so könnten die Vertreter dieser Meinung sagen, keine Veranlassung, darüber hinaus noch weiter schützend einzugreifen.

Trotzdem greifen diese Erwägungen m. E. nicht durch; die Generalversammlung kann nicht ermächtigt sein, im voraus ihre generelle Zustimmung zu Nachgründungsverträgen zu erteilen, die später vom Vorstand abgeschlossen werden.

§ 207 HGB. entspricht als Schutzvorschrift gegen „gefährliche Verträge" andern, im BGB. enthaltenen Schutzvorschriften, welche die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften an bestimmte Formen knüpfen. So bedarf der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil davon zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 311 BGB.). Die Formvorschrift rechtfertigt sich aus der Gefährlichkeit eines solchen Vertrages[1]). Ähnliche Überlegungen sind maßgebend in den Fällen des § 313 BGB., des § 518 BGB. und des Bürgschaftsversprechens (§ 766 BGB.), das auch wieder als besonders gefährlich erscheint[2]). Eine Beseitigung dieser Vorschriften durch Vertrag oder durch Verzicht dessen, der geschützt werden soll (z. B. des Bürgen), ist nicht nötig. Die Verletzung der Form macht das Geschäft in jedem Falle unwirksam. Aus gleichen Erwägungen kann u. E. auch die zum Schutz der Aktionäre aufgestellte Vorschrift des § 207 HGB. nicht wegbedungen werden.

Ein GV.-Beschluß, durch den die Aktionäre ihre generelle Zustimmung zu sämtlichen, vom Vorstand abzuschließenden Nachgründungsverträgen erteilen, würde dem Sinn des § 207 HGB. zuwiderlaufen. Das ergibt folgende Überlegung:

Die Aktionäre sollen ihre Zustimmung zu Verträgen geben, die wegen der Höhe des Objekts und der Dauer der Zweckbestimmung für den Geschäftsbetrieb besondere Gefahren der Schädigung in sich bergen. Eine Entscheidung über die Frage, ob der Abschluß eines solchen Vertrages der Aktiengesellschaft zum Vorteil oder zum Schaden gereicht, können die Aktionäre nur dann treffen, wenn sie den Vertrag kennen. Voraussetzung dieser Kenntnis ist, daß der Vertrag bereits vorhanden ist oder in seinen wesentlichen Punkten festliegt. Dies ist aber nicht der Fall, wenn die Aktionäre ihre vorherige Zustimmung (Einwilligung) zu Verträgen geben, deren zukünftige Gestaltung völlig ungewiß ist. Die Gefahr, daß eine derartige Generalzustimmung leicht gegeben wird, weil man sich keine bestimmte Vorstellung über ihre Tragweite macht, ist unvermeidbar. Dem

1) Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (1930) § 28 Anm. 4.
2) Enneccerus-Lehmann § 188, II.

aber will § 207 HGB. zum Schutze der Aktionäre in gleicher Weise vorbeugen, wie einem völlig selbständigen Handeln des Vorstandes beim Abschluß von Nachgründungsverträgen.

II. Zustimmung nach Abschluß des Vertrages.

Die Frage, wie sich die Rechtslage zwischen den Beteiligten bei Zustimmung der Generalversammlung nach Abschluß des Vertrages durch den Vorstand darstellt, ist bereits im § 4 erörtert worden. Der Vertrag ist bis zur Genehmigung in Wirksamkeitsschwebe und erlangt volle Wirksamkeit, wenn die Generalversammlung ihm zustimmt, wird aber nichtig, wenn diese Zustimmung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erteilt oder wenn sie verweigert wird. Während des Schwebezustandes sind die Vertragspartner an den Vertrag gebunden. Ein Widerrufsrecht des mit dem Vorstand kontrahierenden Dritten besteht nicht.

III. Ablehnung der Genehmigung.

Ein ablehnender Beschluß der Generalversammlung hat zur Folge, daß der bis dahin schwebend unwirksame Vertrag nichtig wird. Irgendwelche, die Aktiengesellschaft unmittelbar treffende Rechtsfolgen treten nicht ein. Es wird so angesehen, als wenn nie ein Vertrag für die Aktiengesellschaft abgeschlossen wäre.

IV. Die verschiedenen Stimmenmehrheiten.

Die nach dem Gesetz für die Wirksamkeit der vom Vorstande abgeschlossenen „Nachgründungsverträge" erforderliche GV.-Zustimmung hat eine unterschiedliche Regelung erfahren, je nachdem, ob der Vertrag im ersten Jahre seit Gründung der Aktiengesellschaft oder nach Ablauf des ersten Jahres abgeschlossen ist.

Der zustimmende Beschluß bedarf gesetzlich einer Mehrheit von drei Vierteln des in der Versammlung vertretenen Grundkapitals (§ 207 Abs. 3 Satz 1 HGB.). Ist der Vertrag vor Ablauf eines Jahres nach der Gründung abgeschlossen, so muß zugleich ein Viertel des gesamten Grundkapitals zustimmen.

Die Berechnung der Stimmenzahl geschieht nach Aktienbeträgen (§ 252 Abs. 1 HGB.). Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt sein, daß das Stimmrecht eines Aktionärs, der mehrere Aktien besitzt, auf einen Höchstbetrag beschränkt wird. § 252 Abs. 1 Satz 4 HGB. gestattet ferner, daß einer bestimmten Gattung von Aktien ein höheres

Stimmrecht beigelegt werden kann als einer anderen. So können Vorzugsaktien, die höhere Dividenden abwerfen, auch mit höherem Stimmrecht versehen sein[3]).

§ 6. Die Anfechtung des GV.-Beschlusses.

I. Voraussetzung der Anfechtung: Fehlende Prüfung durch den Aufsichtsrat.

Sind Prüfung durch den Aufsichtsrat und schriftlicher Aufsichtsratsbericht unterblieben, liegt aber ein den Vertrag genehmigender GV.-Beschluß vor, so ist nach § 207 HGB. der Vertrag zustande gekommen. Aus der Sollvorschrift des Absatzes II folgt, daß das Fehlen des Aufsichtsratsberichts den Vertrag nicht unwirksam macht. Immerhin liegt eine Gesetzesverletzung vor, die nach § 271 HGB. zur Anfechtung des Beschlusses führen kann.

Eine Gesetzsverletzung als solche reicht aber zur Anfechtbarkeit eines GV.-Beschlusses nicht aus. Vielmehr muß die Verletzung den Beschluß der Generalversammlung beeinflußt haben. Zwar braucht der Beweis, daß der Beschluß auf ihr beruhe, nicht geführt zu werden[1]). Zuzulassen ist aber der Gegenbeweis, daß die Gesetzesverletzung auf den GV.-Beschluß ohne Einfluß gewesen ist[2]).

---

3) Die Sperrfrist, innerhalb deren der Abschluß solcher Verträge erschwerenden Voraussetzungen unterworfen ist, beträgt in Norwegen (§ 32 des Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften), Schweden (§ 25 des Gesetzes über Aktiengesellschaften), Polen (Art. 53 der Verordnung des Staatspräsidenten über das Recht der Aktiengesellschaften vom 22. März 1928) und Österreich (§ 28 Ziff. 1 des Österreichischen Aktienregulativs) zwei Jahre.

Die zur Wirksamkeit des GV.-Beschlusses erforderlichen Mehrheiten in bezug auf Stimmabgabe und anwesendes Aktienkapital sind verschieden geregelt. Zwei Drittel der in der Generalversammlung abgegebenen Stimmen müssen in Polen für den Vertrag sein, drei Viertel in Österreich (Art. 53 Abs. 1 poln. Gesetz, § 47 Österreichisches Aktienregulativ), in Norwegen reicht die absolute Mehrheit aus. Eine qualifizierte Beschlußfähigkeit verlangt das norwegische Gesetz (ebenso wie das deutsche bei Vertragsabschluß innerhalb des ersten Jahres seit Eintragung): mindestens die Hälfte des stimmberechtigten Aktienkapitals muß in der Versammlung vertreten sein, in welcher der Beschluß gefaßt wird, § 72 Abs. 2. Polen kennt eine solche Besonderheit nicht, während Österreich stattdessen verlangt, daß in der Dreiviertelmehrheit des GV.-Beschlusses ein Viertel des gesamten Aktienkapitals enthalten ist. Durch diese Bestimmung ist, ähnlich wie in unserem § 207 HGB. im ersten Jahre seit Eintragung verhindert, daß derart wichtige Verträge von einer Mehrheit mit einem zu geringen Aktienkapital gefaßt werden.

1) So RG. in LZ. 1916, 327.

2) So Staub-Pinner § 207 Anm. 4; RG. 65 S. 242; 103 S. 6; RG. in JW. 1925, 1277 Nr. 10 mit Anm. v. Hachenburg.

Das den Beschluß für nichtig erklärende Urteil stellt nicht eine bereits außerhalb des Prozesses gegebene Rechtsfolge fest (Feststellungsurteil), sondern führt eine neue Rechtswirkung herbei, die ohne das Urteil nicht eintreten würde; es ist also ein Gestaltungsurteil und wirkt für und gegen alle Aktionäre und jeden Dritten[3]). Es hat rechtsändernde Wirkung und rückwirkende Kraft[4]).

II. Bei Nichtanfechtung Wirksamwerden des GV.-Beschlusses.

Wird der GV.-Beschluß nicht innerhalb eines Monats angefochten (§ 271 Abs. I, II HGB.), so wird der Beschluß gültig. Aus der Tatsache, daß nach Ablauf einer bestimmten Zeit der Vertrag seine volle Wirksamkeit erlangt, auch wenn ein gesetzliches Erfordernis (der Aufsichtsratsbericht) zu seiner Gültigkeit fehlt, folgt, daß der Gesetzgeber ihm nicht die Bedeutung einer unbedingt notwendigen Wirksamkeitsvoraussetzung beigelegt hat; denn dann würde ein ohne ihr Vorliegen abgeschlossener Vertrag auf jeden Fall unwirksam sein, auch wenn längere oder kürzere Zeit seit Vertragsschluß vergangen wäre[5]). Man hat sich mit dieser Regelung im Gesetz begnügt aus folgendem Grund:

Durch die Sollvorschrift, als die sich das Erfordernis des Aufsichtsratsberichts darstellt, will man erreichen, daß die Generalversammlung zur Beschlußfassung über die Nachgründungsverträge erst dann schreitet, nachdem sie von der Instanz, die wegen ihrer Zusammensetzung die Geschäfte am besten überprüfen kann, von den Vor- und Nachteilen der Nachgründungsverträge im einzelnen unterrichtet worden ist.

Geben sich die in der Generalversammlung anwesenden Aktionäre mit dem Fehlen des Aufsichtsratsberichts zufrieden, ohne es zu bemängeln, so hatte der Gesetzgeber keinen Grund, den Vertrag unwirksam sein zu lassen; denn ein durch einen ungünstigen Vertragsschluß eintretender Schaden trifft die Aktionäre. Sie haben gemäß § 271 HGB. das Recht, den GV.-Beschluß wegen Gesetzesverletzung anzufechten und so den Aufsichtsratsbericht zu erzwingen. Wenn sie sich aber selbst mit einer solchen Ge-

3) Rosenberg, Lehrbuch (1931, 1934) § 87, I, 3.

4) Rosenberg, Lehrbuch § 87, II, 2 a; Staub-Pinner § 271 Anm. 8.

5) Die Nichtigkeitsfälle von G.V.-Beschlüssen sind im Gegensatz zu den Anfechtungsfällen im Gesetz nicht behandelt. Vorschriften des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches und solche, die im öffentlichen Interesse erlassen sind, geben Antwort auf die Frage, ob und wann ein G.V.-Beschluß nichtig ist. Siehe dazu die Entscheidungen des Reichsgerichts 75, 239; 92, 409; 76, 170; 77, 73; 114, 202; vgl. ferner Staub-Pinner § 273 Anm. 17 a und § 185 Anm. 11 c.

schäftsgebarung der leitenden Gesellschaftsorgane einverstanden erklären, so übernehmen sie damit das Risiko eines ungünstigen Geschäfts.

Aus der verschiedenen Bedeutung, die das Gesetz dem Aufsichtsratsbericht und der GV.-Genehmigung für die Wirksamkeit des Vertrages beimißt, ergibt sich, daß allein die Genehmigung durch die Generalversammlung unbedingte Wirksamkeitsvoraussetzung für das gültige Zustandekommen des Vertrages ist[6]). Nur bei ihrem Fehlen ist der Vertrag unwirksam. Nur während einer beschränkten Zeitdauer kann die Genehmigung nachgeholt werden, damit der Vertrag Gültigkeit erlangt. Beim Fehlen des Aufsichtsratsberichts dagegen ist der Vertrag gültig; er kann während eines Monats nach der GV-Genehmigung angefochten werden, wird dagegen nach Ablauf dieses Zeitraums voll wirksam.

§ 7. Nachgründungsvereinbarungen im Gründungsstadium (§ 208 HGB.).

I. Vereinbarungen durch die Organe der werdenden Aktiengesellschaft.

Da die Entstehung einer Aktiengesellschaft sich in mehreren Abschnitten vollzieht, die durch mehr oder minder große Zwischenräume zeitlich getrennt sind, so kann es sich ereignen, daß die Organe der entstehenden Gesellschaft bereits vor Eintragung der Aktiengesellschaft ins Handelsregister für sie Verträge mit einem Inhalt abschließen, wie ihn § 207 HGB. vorsieht. Damit dieser Fall praktisch werde, muß die Gesellschaft bereits „errichtet" sein (§ 188 Abs. 1 HGB.) und ihren ersten Vorstand gewählt haben (§ 190 Abs. I, III HGB.)[7]). Schließt nunmehr der Vorstand im Namen der Gesellschaft Verträge ab, so ist die Frage, welche Wirkungen solche Verträge für die spätere Aktiengesellschaft haben. Kann der Vorstand die noch nicht vorhandene Aktiengesellschaft durch Verträge berechtigen und verpflichten, und wenn ja, sind ihm irgendwelche Beschränkungen in bezug auf den Inhalt derartiger Verträge auferlegt? Zur Beantwortung dieser Frage muß man auf die Rechtsnatur der „errichteten" Gesellschaft und auf ihr Verhältnis zu der durch Eintragung entstehenden juristischen Person Aktiengesellschaft eingehen.

6) So auch Staub-Pinner, § 207 Anm. 7; Brodmann § 207 Anm. 4 b; Goldschmit, Aktienrecht § 207.

7) Es ist hier nur von dem Fall der Simultan-Gründung auszugehen, der allein praktisch wird. Die Sukzessivgründung wird daher nicht besonders erwähnt (vgl. Julius v. Gierke S. 302; Lehmann-Hoeniger, Lehrbuch des Handelsrechts (1931 § 66, 4).

Nachdem die Gründer die Satzung der künftigen Aktiengesellschaft in notarieller Verhandlung festgelegt (§ 182 I HGB.) und das Grundkapital durch Übernahme aufgebracht haben, ist die Aktiengesellschaft „errichtet" (§ 188 I HGB.). Dies bedeutet, daß ein nicht rechtsfähiger Verein vorhanden ist[8]) [9]).

Dieser nicht rechtsfähige Verein entwickelt sich weiter zur Aktiengesellschaft mit juristischer Persönlichkeit. Aus diesen Entwicklungsphasen ergibt sich, daß es dasselbe rechtliche Gebilde ist, das hier von einem nicht rechtsfähigen Verein zu dem festgefügten Verband der juristischen Person wird. Die Aktiengesellschaft ist nicht Rechtsnachfolgerin der Vorgesellschaft. Beide sind vielmehr identisch; sie sind nämlich Vereinigungen mehrerer zu verschiedenen Zeitpunkten ihrer Entwicklung[10]).

Aus dieser Betrachtungsweise würde sich ergeben, daß die Organe der Gründergesellschaft die spätere Aktiengesellschaft in demselben Umfang berechtigen und verpflichten könnten, in welchem sie es für jene dürfen. Diese Ansicht wird vertreten von Schreiber[11]) und Müller-Erzbach[12]). Schreiber führt aus, daß es grundsätzlich nicht unzulässig sei, für eine werdende Gesellschaft aufzutreten. Weiter sei die Gegenansicht[13]), wonach nur die zur Entstehung der Aktiengesellschaft notwendigen Geschäfte wirksam

8) Makower (1906) § 188 II b; Lehmann-Hoeniger, (1921) § 69, I; J. v. Gierke (1933) § 39 III, 3, a; Ritter, E. Das Handelsgesetzbuch (1910) § 182, II, c; Cosack, Lehrbuch (1930), § 26 I, 1 b.

9) Viele nehmen an, daß eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts entstanden ist. (Brodmann, § 200 Anm. 1; Düringer-Hachenburg, § 200, A. 12; Staub-Pinner, § 188 Anm. 4; Geiler in LZ. 1911, 505; RG. 58, 56; 83, 373; 87, 246; Karl Wieland, Handelsrecht (1931), Band II S. 73). Im Erfolg ist der Unterschied nicht bedeutend, da auf den nicht rechtsfähigen Verein die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden, § 54 BGB. Die vorliegende Frage ist für den hier behandelten Fall nicht von Bedeutung, da das Ergebnis durch ihre Beantwortung in dem einen oder anderen Sinne nicht beeinflußt wird.

10) RG. in JW. 1900, 414; RG. JW. 1913, 929; RG. 82, 290; 85, 256; 87, 249; 105, 229; Staub-Pinner § 200 Anm. 3 (Er bezeichnet die Gesellschaft vor der Eintragung als nasciturus, der mit der Eintragung zum natus wird [§ 200 Anm. 5]). v. Gierke, § 39 V 3 a; Karl Wieland, Handelsrecht (1931) § 95, I.

Das Reichsgericht sieht allerdings schon in dem „Konsortium" der Gründer, einer Vereinigung mehrerer Personen mit dem Ziel, eine Aktiengesellschaft zu gründen, ein mit der Gründergesellschaft und der eingetragenen Aktiengesellschaft identisches Rechtsgebilde (vgl. RG. 43, 136; 66, 120; 106, 175; LZ. 1920, 484; JW. 1907, 394). Es wird später (s. unten S. 60) nachzuweisen sein, daß diese Auffassung des Reichsgerichts nicht zutreffend ist, sondern daß das „Gründerkonsortium" ein von der späteren Aktiengesellschaft unabhängiges Rechtsgebilde ist.

11) Kommanditgesellschaft auf Aktien S. 36, 56 ff.

12) Kapitel 51, V 2.

13) h. L. siehe unten S. 54.

und verbindlich sein sollen, in der Praxis undurchführbar, da es z. B. unmöglich sei, beim Einbringen eines Handelsgeschäfts zu entscheiden, was notwendige und was nicht notwendige Geschäfte seien.

Diese Ansicht verkennt das Verhältnis von Vorgesellschaft und fertig entstandener Aktiengesellschaft. Zwar ist anzuerkennen, daß dann, wenn man die Identitätstheorie zugrunde legt, die übrigens sehr eingehend und wohlbegründet dargelegte Ansicht Schreibers richtig ist. Man kann nach dieser Theorie nicht willkürlich eine Gruppe von Geschäften für die Aktiengesellschaft wirksam sein lassen, eine andere nicht. Jedoch steht es mit der Identitätstheorie nicht im Widerspruch, wenn man behauptet, die Vertretungsmacht des vorläufigen Organs der Gründergesellschaft sei in einem bestimmten Umfang eingeschränkt. Es ist sicher, daß der Gesetzgeber dem Vorstand der Aktiengesellschaft eine weitergehende Rechtsmacht (§§ 231 ff. HGB.) beilegen wollte, als dem vorläufigen[14]). Erst mit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister ist die Aktiengesellschaft entstanden[15]). Somit sind alle vorher abgeschlossenen Geschäfte nur Vorbereitungsgeschäfte für die zu begründende Aktiengesellschaft, die schon aus ihrer Natur als „vorbereitende Verträge" nicht in demselben Umfang wirksam werden können wie die von der fertigen Aktiengesellschaft geschlossenen.

Eine entscheidende Stütze gegen diese Lehre bildet das Bestehen der Schutzvorschriften der §§ 186 ff. und 207 HGB. Durch sie sollen die Aktionäre und Gläubiger der Aktiengesellschaft vor Schäden bewahrt werden, die durch den Abschluß von Sacheinbringungs- und Sachübernahmeverträgen einerseits (§ 186 HGB.) und Nachgründungsverträgen (§ 207 HGB.) andererseits entstehen können. Der Weg, auf dem man dieses Ziel zu erreichen sucht, ist dort Festsetzung dieser Verträge im Gesellschaftsvertrag, Gründerbericht (§ 191 HGB.) und Revisorenprüfung (§ 192 HGB.), hier Aufsichtsratsbericht und Genehmigung des Vertrages durch die Generalversammlung. Diese Vorschriften aber wären alle überflüssig

14) Vgl. v. Gierke, § 39 V 3 a.

15) Es würde zu weit führen, wollte man sich im Rahmen dieser Arbeit mit der von Kloß (Eintritt der Aktiengesellschaft in die für sie im Gründungsstadium geschaffenen Rechte und Pflichten. Göttinger Dissertation 1930, S. 56, 66) vertretenen Meinung auseinandersetzen, die Aktiengesellschaft entstehe nicht erst mit der Eintragung, sondern schon mit der Errichtung. Für die hier zu behandelnde Frage ist diese von der herrschenden und auch hier vertretenen abweichende Meinung ohne Bedeutung, da wir, wie unten deutlich wird, mit Kloß zu demselben Ergebnis kommen und den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes der Gründergesellschaft in gleicher Weise begrenzen.

und entbehrten eines wirksamen Schutzes, wollte man sämtliche von dem vorläufigen Vorstand der im Gründungsstadium stehenden Aktiengesellschaft abgeschlossenen Verträge unmittelbar für die Aktiengesellschaft wirksam werden lassen. Daher bedarf es einer Einschränkung der für die spätere Aktiengesellschaft wirksamen Verträge. Bei der hier vertretenen Identitätstheorie ist diese Einschränkung nur möglich, wenn nur Verträge von einem bestimmten Inhalt ohne weiteres für die Aktiengesellschaft berechtigend und verpflichtend werden, alle anderen jedoch für sie ohne Verbindlichkeit bleiben.

1. Der Umfang der für die Aktiengesellschaft ohne weiteres verbindlichen Geschäfte ist nach der herrschenden Meinung zunächst auf diejenigen zu beschränken, die erforderlich sind, um ihre Entstehung herbeizuführen[16]). M. E. wird man mit v. Gierke[17]) genauer sagen müssen, daß alle Geschäfte für die Aktiengesellschaft wirksam werden sollen, die wirtschaftlich zu ihrer Entstehung notwendig sind. Dies ist, wie sich aus den Entscheidungen ergibt, auch die Meinung des Reichsgerichts. Sehr eng ist die Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 1905 S. 31, die nur solche Rechtsgeschäfte für die eingetragene Gesellschaft (hier eine GmbH.) wirksam werden läßt, „deren Vornahme zur Entstehung der Gesellschaft erforderlich" sind, aber alle Geschäfte ausschließt, „welche den künftigen Geschäftsbetrieb betreffen." Weiter in der Abgrenzung der „erforderlichen Geschäfte" geht das Reichsgericht in JW. 1903, S. 342 Nr. 4, wonach bei einer Zuckerrübenfabrik „die Ausstattung der zu gründenden Zuckerfabrik mit den erforderlichen Bezugsrechten auf Zuckerrüben auch noch zu dem Entstehungshergange gehört." Zu weit geht m. E. das OLG. Frankfurt in seiner Entscheidung im „Recht" 1907, Nr. 3212, in der es ausführt: „Entscheidend (für die spätere Berechtigung und Verpflichtung der Gesellschaft) ist nur, ob der Handelnde in erkennbarer Weise namens der Gesellschaft die Bestellung gemacht hat, und ob er hierzu von den sämtlichen Gesellschaftern oder von den schon damals bestellten Organen beauftragt war." Ebenso OLG. Frankfurt im „Recht", 1909, Nr. 147. — Auf einem ähnlichen Standpunkt scheint Brodmann[18]) zu stehen. Er ist der Ansicht, daß das Reichsgericht die Macht des Vorstandes zu sehr ein-

16) RG. 83, 370; 105, 229; RG. in JW. 1932, 724; Staub-Pinner, § 200 Anm. 5; Lehmann-Hoeniger, Lehrbuch (1921), S. 333 Anm. 4.
17) Handelsrecht, § 39 V 3 a.
18) § 200 Anm. 1 b.

schränkt, wenn es annimmt, daß er nur solche Geschäfte abschließen könne, die erforderlich seien, damit der Gründungsvorgang zu Ende geführt werden könne; denn er bezeichnet die Entscheidung des OLG. Frankfurt gegenüber denen des Reichsgerichts als „weitergehend" und macht sich ihre Auffassung wohl zu eigen. — Hiernach würde dem Vorstand der Gründergesellschaft eine unbeschränkte Vertretungsmacht für den Abschluß aller Verträge verliehen, wie das Gesetz sie nicht einmal dem Vorstand der entstandenen Aktiengesellschaft gewährt. Das kann aber nicht richtig ein[19]).

Wie steht es mit Geschäften, die der vorläufige Vorstand der Gründergesellschaft für die künftige Aktiengesellschaft abschließt, und die sich inhaltlich als „Sachgründungsverträge" im Sinne des § 186 HGB. darstellen? Können sie — innerhalb des hier für solche „Vorbereitungsgeschäfte" gezogenen Rahmens — nur unter den in §§ 186, 191, 192 HGB. angegebenen Voraussetzungen für die Aktiengesellschaft wirksam werden, oder bedarf es dieser Prüfungsmaßnahmen in diesem Falle nicht? Mann[20]) hält derartige Verträge bis zur Festsetzung im Gesellschaftsvertrag oder nach Eintragung der Gesellschaft bis zur Genehmigung durch ihren Vorstand, zu der im Fall des § 207 HGB. noch die Zustimmung der Generalversammlung hinzukommen muß, für schwebend unwirksam. Er behauptet (S. 118), die herrschende Lehre sei nicht in der Lage, die Sachübernahme von den Vorbereitungsgeschäften abzugrenzen.

Dem ist nicht zuzustimmen. Auch Verträge, die unter § 186 HGB. fallen würden, kann der Vorstand der Gründergesellschaft wirksam für die entstehende Aktiengesellschaft abschließen, wenn sie sich im Rahmen der Geschäfte bewegen, die der Gründungshergang notwendigerweise mit sich bringt. Eine Umgehung der Schutzvorschriften der §§ 186, 191, 192 HGB. ist nicht zu befürchten. Sie wird unmöglich gemacht durch die inhaltliche Beschränkung dieser Verträge, die nur die „Vorbereitungsgeschäfte" für die Aktiengesellschaft unmittelbar wirksam werden läßt[21]).

2. Weiter wird die werdende Aktiengesellschaft durch alle Geschäfte wirksam verpflichtet, die ihr in keiner Weise nachteilig werden können; denn wenn die Macht der Organe der Gründergesellschaft zur Vornahme von

19) Gegen die Entscheidung des OLG. Frankfurt auch Koenige-Teichmann-Koehler, Handausgabe des Handelsgesetzbuches (1932) § 200 Anm. 1 und wohl auch Staub-Pinner, § 200 Anm. 5.

20) Die Sachgründung im Aktienrecht (1932) § 13, S. 114 ff.

21) so auch Staub-Pinner, § 200 Anm. 5 a; Kloß, S. 87, 97; RG. in Jur. Rundschau 1926, Nr. 2355.

Rechtsgeschäften beschränkt wird, so hat das seinen Grund allein in dem Schutzzweck des Gesetzes: die Aktionäre und Gläubiger sollen durch Geschäfte des vorläufigen Vorstands nicht benachteiligt werden[22]). Zu diesen Geschäften gehören alle, die der Aktiengesellschaft lediglich rechtlichen Vorteil bringen (wie in § 107 BGB. nur die dem Minderjährigen einen rechtlichen Vorteil bringenden Geschäfte ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksam sind). Diese Gruppe von Geschäften wird von der herrschenden Lehre und vom Reichsgericht nicht erwähnt, gehört aber m. E. unzweifelhaft auch zu den Geschäften, die der vorläufige Vorstand der Gründergesellschaft für die Aktiengesellschaft wirksam abschließen kann.

Sicherlich ist es möglich, für die werdende Aktiengesellschaft im Wege des Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB.) Rechte zu begründen. Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit eines solchen Vertrages ist allerdings, daß keiner der Vertragspartner zu den Gründern der Aktiengesellschaft gehört. Würde nämlich der Versprechensempfänger zum Vorstand des Gründervereins gehören, so wäre ein Erwerb für die künftige Aktiengesellschaft auf diesem Wege unmöglich, da nach der hier vertretenen Ansicht diese mit dem Gründerverein identisch ist. Der Gründerverein wäre also kein „Dritter" i. S. des § 328 BGB. Ebensowenig könnte ein anderer, nicht zum Vorstand des Gründervereins gehöriger Gründer einen solchen die spätere Aktiengesellschaft berechtigenden Vertrag zugunsten eines Dritten schließen, da die Gründer kraft Gesetzes eine „ähnliche Stellung" haben, „wie die Organe eines fertigen Vereins" (Julius v. Gierke, Handelsrecht, (1933) § 39 I b β). Unerheblich für den Erwerb durch Versprechen der Leistung an einen Dritten ist es, daß die Aktiengesellschaft als Rechtssubjekt noch nicht entstanden ist; denn es ist möglich und ergibt sich aus § 331 II BGB., daß auch zu Gunsten einer noch nicht bestehenden Person Verträge geschlossen werden können, wenn sie nur bestimmbar ist[23]). Diese Konstruktion des Erwerbs für eine noch nicht existierende Person haben wir nach der hier vertretenen Ansicht nicht nötig. Der vorläufige Vorstand kann für den nichtrechtsfähigen Verein Rechte erwerben, die wegen seiner Identität mit der späteren Aktiengesellschaft ohne weiteres für diese begründet werden.

Die Frage nach der Wirkung der dinglichen Verträge, welche vom Vor-

22) so mit Recht Kloß S. 90.

23) vgl. Staudinger, § 328 Anm. I 4; § 331 Anm. 2; Planck-Siber, § 331, 2; Pagel, Gruch. Beitr. 52, 223; Düringer-Hachenburg § 200 Anm. 14.

stand der Gründergesellschaft abgeschlossen worden sind, wird wegen der unterschiedlichen Meinungen über die Natur der Gründergesellschaft ganz verschieden beantwortet. Die Anhänger der Lehre, die in der fertig entstandenen Aktiengesellschaft ein von der Gründergesellschaft verschiedenes Rechtsgebilde sehen, müssen folgerichtig zu dem Ergebnis kommen, daß dingliche Rechte nicht ohne weiteres auf die Aktiengesellschaft übergehen, sondern daß es dazu eines besonderen Übertragungsaktes bedarf[24]). Aber auch Staub-Pinner[25]), der Anhänger der Identitätstheorie ist, fordert beim Erwerb von Grundstücken durch die Gründergesellschaft Neueintragung der Aktiengesellschaft, „wobei Auflassung erforderlich ist". Ähnlich Hachenburg-Bing-Schmidt[26]). Die Auffassung Staub-Pinners ist nicht folgerichtig. Wenn er die Gründergesellschaft und die Aktiengesellschaft als „identische Vereinigungen in verschiedenen Zeitpunkten ihrer Entwicklung betrachtet[27]), so genügt die Auflassung an die errichtete Gesellschaft. Wird die Gesellschaft als Aktiengesellschaft eingetragen, so ist sie Eigentümerin des an den nichtrechtsfähigen Verein der Gründergesellschaft aufgelassenen und eingetragenen Grundstücks. Die Aktiengesellschaft wächst in die von der Vorgesellschaft erworbenen Rechte hinein. Zur Richtigstellung der Rechtslage ist nur Umschreibung im Grundbuch erforderlich[28]). Nach der hier vertretenen Auffassung bedarf es zum Erwerb des Eigentums für die Aktiengesellschaft keiner Neueinigung: bewegliche und unbewegliche Sachen gehen ohne weiteres auf die Aktiengesellschaften mit deren Eintragung in das Handelsregister über. Bei Grundstücken ist nur Berichtigung des Grundbuchs erforderlich, die aber auf die dingliche Rechtsänderung keinerlei Einfluß hat[29]). Das Reichsgericht[30]) läßt die

24) so Brodmann, § 200 Anm. 1 a.
25) § 200 Anm. 6.
26) Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1926) § 11 Anm. 4, den Düringer-Hachenburg zu Unrecht als Vertreter der Meinung aufführt, der eine Auflassung an die eingetragene Gesellschaft nicht für erforderlich hält.
27) § 200 Anm. 3.
28) Ähnlich die Auffassung Koenige-Teichmann-Koehlers, der zwar das Eigentum an beweglichen Sachen ohne nochmalige Übertragung an die Aktiengesellschaft durch die Gründergesellschaft erwerben läßt, während er für Grundstücke eine Ausnahme macht, „aus grundbuchrechtlichen Gründen". Er meint, die künftige Aktiengesellschaft könne vor ihrer Eintragung ins Handelsregister im Grundbuch als Eigentümerin nicht eingetragen werden; nur die Auflassung an die künftige Aktiengesellschaft sei möglich. Er äußert sich allerdings nicht zu dem Fall, daß schon die Gründergesellschaft ins Grundbuch als Eigentümerin eingetragen war.
29) so auch Kloß, S. 67; Goldschmit, Die Aktiengesellschaft (1927) § 200 Anm. 2.
30) RG. 85, 260; 87, 249.

Frage des Grundstückserwerbs durch die spätere Gesellschaft unentschieden, scheint aber der hier vertretenen Meinung zuzuneigen.

Erwirbt die Gründergesellschaft im Wege des Vertrages zugunsten Dritter Sachen für die künftige Aktiengesellschaft, so ist die Frage eines unmittelbaren Eigentumserwerbs der Aktiengesellschaft im Sinne von Enneccerus-Lehmann[31]) und Wolff[32]) dahin zu entscheiden, daß der Erwerb von Grundstücken und von Leistungen aus Grundstücken (Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden) möglich ist, im übrigen die Vorschriften der §§ 328 ff. BGB. auf dingliche Verträge unanwendbar sind[33]).

Wenn auch alle Geschäfte außer denen unter Nr. 1 und 2 genannten für die Aktiengesellschaft unverbindlich sind, so werden doch häufig im Gründungsstadium schon derartige Geschäfte abgeschlossen. Es fragt sich, welche Bedeutung solche Geschäfte für die AG. haben. Da die Macht des vorläufigen Vorstandes auf den Abschluß von notwendigen und der AG. lediglich einen rechtlichen Vorteil bringenden Geschäften beschränkt ist[34]), so könnte man auf den Gedanken kommen, daß beim Überschreiten dieser Macht der Vorstand als Vertreter ohne Vertretungsmacht handle und demgemäß die von ihm geschlossenen Verträge nach § 177 BGB. schwebend unwirksam sind[35]).

Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Der Vorstand der Gründergesellschaft ist als Vorstand eines nichtrechtsfähigen Vereins zum Abschluß von Geschäften für diesen berechtigt und handelt kraft Vollmacht der Mitglieder des Vereins. Ermächtigen diese ihn zum Abschluß von nicht notwendigen Rechtsgeschäften, so mag das gegen die Vorschriften des Aktienrechts verstoßen. Als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt damit der Vorstand noch nicht. Das Handeln des Organs eines Vereins ist nicht das Handeln eines Vertreters, sondern das Handeln des Vereins selbst[36]).

---

31) Recht der Schuldverhältnisse (1930) § 34 VI.

32) Sachenrecht (1929) § 39 II 3.

33) Gegen diese Meinung Staudinger, § 328 Anm. I 2 a; RG. 66, 97; unentschieden RG. 98, 282 ff.

34) s. oben S. 54.

35) so die h. L. Staub-Pinner, § 200, Anm. 7; Goldschmit, § 200, Anm. 5; v. Gierke, § 39 V 3, a; RG. 72, 404; 105, 228; 116, 71. —

Eine andere rechtliche Konstruktion gibt Düringer-Hachenburg (§ 200 Anm. 13). Er lehnt die Anwendung der Vorschriften über Vertretung ohne Vertretungsmacht ab, wohl hauptsächlich wegen der rückwirkenden Folge der Genehmigung (§ 184 BGB). Er sieht in dem von dem vorläufigen Vorstand abgeschlossenen Vertrage einen Vertrag zu Lasten der AG. Nur durch ihre Mitwirkung werde ein solcher wirksam und wirke dann vom Tage der Neuvornahme ab.

36) vgl. Enneccerus-Nipperdey, 1931, § 96, insbes. III.

Da nach der hier vertretenen Meinung die Rechtsmacht des Vorstandes auf den Abschluß von zur Entstehung der AG. notwendigen Geschäften beschränkt ist, so ist die Körperschaft, die durch ihren Vorstand handelnd auftritt, in der Geschäftsfähigkeit beschränkt[37]). Sie hat die Stellung eines Minderjährigen, der allein rechtlich nur bestimmte Geschäfte wirksam abschließen kann, tatsächlich aber in der Lage ist, darüber hinaus Verträge abzuschließen. Immer wenn der Vorstand mit Zustimmung der Gründer handelt, kann ein Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht des Vereins niemals vorliegen. Entweder sind die Verträge wirksam, weil das Organ des Vereins sich innerhalb der gezogenen Grenzen bewegt, oder sie sind unwirksam, weil diese Grenze überschritten ist. Die Vorschriften über Vertretung ohne Vertretungsmacht können nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Vorstand gegen den ausdrücklichen Willen der Gesellschafter verstoßen hat. Dann trifft § 177 BGB. zu[38]).

Vorschriften, die die Rechtsverhältnisse einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Körperschaft regeln, gibt es nicht. Wegen der Rechtsähnlichkeit des hier vorliegenden Falles und der Rechtsverhältnisse des Minderjährigen sind die §§ 108 f. BGB. entsprechend anwendbar. Die AG. kann gemäß § 108 III BGB. die nicht notwendigen Geschäfte genehmigen.

Der Vertragsgegner kann den Vertrag widerrufen, es sei denn, daß er Kenntnis von der Nichteintragung der AG. ins Handelsregister hatte. Hier wird das Widerrufsrecht des Vertragsgegners in weiterem Umfang eingeschränkt, als bei der Anwendung der §§ 177 f. BGB.; denn dort würde der Vertragsgegner auch widerrufen können, wenn er zwar gewußt hat, daß die AG. noch nicht eingetragen war, aus Rechtsirrtum aber trotzdem den Vorstand zum Abschluß nicht notwendiger Geschäfte für berechtigt gehalten hat[39]).

II. Konsortialabreden.

Zeitlich vor der Gründungstätigkeit liegen die ersten Besprechungen der Beteiligten über die Gründung der zukünftigen AG. Diese zunächst noch unverbindlichen Vorverhandlungen entwickeln sich zum Abschluß eines Vertrages, auf Grund dessen die Gründer sich verpflichten, zur Gründung der AG. beizutragen (sogenannter Vorvertrag). Dieser Vorvertrag ist re-

37) Kloß a. a. O.
38) so mit Recht Kloß, S. 109, 110.
39) Kloß S. 113 Anm. 4.

gelmäßig ein Gesellschaftsvertrag gemäß §§ 705 ff. BGB. Sein Inhalt muß in großen Zügen bereits festliegen. Er erschöpft sich mit seinem Zweck, der auf Beteiligung an einem Gesellschaftsvertrag gerichtet ist und das Maß der Verpflichtungen jedes einzelnen Gesellschafters erkennen lassen muß[40]).

Die Vorgesellschaft ist unabhängig von der späteren AG. Sie geht nicht in ihr auf, ist nicht identisch mit ihr, sondern endigt mit ihrer Zweckerreichung, d. h. mit Errichtung der Aktiengesellschaft. Daher stellt sie sich als besonderes, selbständiges Rechtsgebilde gegenüber der künftigen AG. dar[41]). Der Gesellschaftsvertrag ist auch nicht formbedürftig, da es sich nicht um die Schaffung eines selbständigen Rechtsgebildes auf dem Wege zur Entstehung der künftigen AG. handelt, sondern da er nur auf die Bindung der Beteiligten zur Mitarbeit an der Gründung der Gesellschaft abzielt[42]) [43]).

Da die Vorgesellschaft keine Vorstufe für die Aktiengesellschaft bildet, haben die von ihren Gesellschaftern abgeschlossenen Verträge keine Wirkung für und gegen die spätere Aktiengesellschaft. Die Gesellschafter sind nicht Organe der künftigen Aktiengesellschaft, denn ein Organ setzt begriffsnotwendig das Bestehen einer Körperschaft voraus. Das Organ ist ein Teil der Körperschaft, eines Willenssubjekts, durch das diese in der Außenwelt handelnd auftritt[44]).

Verträge der Gründer vor Errichtung der AG. sind lediglich für die

40) Düringer-Hachenburg, § 182 Anm. 24.

41) so auch Kloß, S. 36, 37; Cosack, § 26 II.

42) Staub-Pinner, § 182 Anm. 34; Düringer-Hachenburg, § 182 Anm. 23; Schreiber, Kommanditgesellschaft auf Aktien, S. 81; Hachenburg-Bing-Schmidt, § 2 Anm. 14. A. A. das RG. in ständiger Rechtsprechung: RG. 34, 136; 66, 120; 106, 175; LZ. 1920, 484; JW. 1907, 394; 1908, 349; Brodmann, § 182 Anm. 6, b.

43) Das Reichsgericht (z. B. JW. 1907, 394) leitet die Formbedürftigkeit des Vorvertrages aus seiner Auffassung über dessen Verhältnis zur späteren eingetragenen Gesellschaft her: es ist der Ansicht, daß der Vorvertrag die Grundlage für den späteren Gesellschaftsvertrag bildet.

44) vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil (1931) § 102 Anm. 7; Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht (1895) Bd. I § 67.

A. A. in diesem Punkte Schreiber S. 77.

Er nimmt an, daß die durch die Gründer abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sofort für die künftige AG. vorgenommen werden können und führt als einzige Begründung hierfür an, daß die Rechtsprechung des RG. gelten müsse, „die es für die Zeit vor der Eintragung überhaupt festgehalten hat. Die sachlichen Einwendungen, denen diese Rechtsprechung für ein fortgeschritteneres Stadium der Gründung ausgesetzt war, falle nunmehr fort." — Schreiber will die notwendigen Geschäfte für die künftige AG. wirksam werden lassen, alle anderen als Geschäfte eines Vertreters ohne Vertretungsmacht behandeln. Eine nähere Begründung seiner Ansicht gibt Schreiber jedoch nicht. Aus seiner Identitätslehre kann diese Ansicht nicht gefolgert werden, da die Vorgesellschaft, wie gezeigt, nicht mit der späteren AG. identisch ist.

Gründer verbindlich. Haben alle Gründer zusammen gehandelt oder hat einer mit Vollmacht der übrigen den Vertrag geschlossen, so werden durch die für die Gesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäfte sämtliche Gesellschafter berechtigt und verpflichtet[45]). Grundsätzlich haften die Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen. Sie können jedoch ihre Haftung vertragsmäßig auf das Gesellschaftsvermögen beschränken. Diese Beschränkung braucht nicht ausdrücklich zu geschehen, sondern kann auch stillschweigend eintreten[46]). Sie ist sogar die Regel, da sie dem Willen der Vertragschließenden entspricht[47]). Jedoch können auch Geschäfte, die zunächst nur die Gesellschaften verpflichten, für die Aktiengesellschaft Wirksamkeit erlangen. Es kommt häufig vor, daß die Gründer bereits im Stadium der Vorgesellschaft im Namen der zu errichtenden AG. Verträge abschließen. Sie sind in diesem Falle als Vertreter ohne Vertretungsmacht zu behandeln, wobei § 177 BGB. entsprechende Anwendung findet. Hierbei ist nicht erforderlich, daß der Vertretene bereits als natürliche oder juristische Person besteht; § 177 BGB. kommt auch zur Anwendung, wenn jemand namens eines künftigen Rechtsträgers abschließt[48]). Ein von den Gründern im Stadium der Vorgesellschaft für die künftige AG. abgeschlossener Vertrag würde also durch diese gemäß § 177 BGB. genehmigt werden können.

III. Haftung der Gründer und Gründergenossen.

1. Voraussetzung für die Haftung.

An die von den Gründern vor Eintragung der Gesellschaft für diese getroffenen Vereinbarungen knüpft § 208 HGB. an und setzt eine Haftung der Gründer für Schädigungen fest, die der Gesellschaft dadurch entstehen, daß innerhalb der ersten 2 Jahre seit Eintragung derartige Verträge bestimmter Art erfüllt werden.

Voraussetzung für die Haftung der Gründer und Gründergenossen ist, daß die Gesellschaft geschädigt ist und daß die Erfüllung des von ihnen abgeschlossenen Geschäfts innerhalb der ersten 2 Jahre nach Eintragung

45) § 714 BGB. Staudinger § 714 Anm. IV 1.
46) Enneccerus-Lehmann (1930) § 175 B 3, a.
47) v. Gierke § 39 V 3, b; Staub-Pinner § 200 Anm. 5; Schreiber S. 68; Goldschmit, Aktiengesellschaft § 200 Anm. 3.
48) Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. § 177, 9.

geschieht. Welche besonderen Erfordernisse diese Verträge erfüllen müssen, um der Gesellschaft gegenüber gültig zu sein, ist in § 186 geregelt.

§ 208 HGB. beschränkt die Verträge inhaltlich nicht auf Grundstücke oder dauernd zum Betrieb bestimmte Anlagen, wie dies nach § 207 HGB. der Fall ist, sondern läßt Verträge genügen, die sich auf Vermögensgegenstände jeglicher Art beziehen. § 208 erfaßt auch die Grundstücksverträge, die eine Handelsgesellschaft abschließt, um sie gleich weiter zu veräußern. Zwar ist der Kauf wegen Absatz 5 des § 207 HGB. ohne Zustimmung der GV. gültig, fällt aber unter § 208 HGB., weil eine bindende Vereinbarung zwischen Gründern und Veräußerer schon vor Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister bestanden hat[49]).

Für die Anwendung des § 208 ist es weiter unerheblich, ob in den Verträgen der Wert von einem Zehntel des Grundkapitals erreicht wird. Auch bei Anschaffungen von geringem Wert haften die Gründer, wenn sie die Gesellschaft böswillig geschädigt haben (§ 202 HGB.).

Die Vereinbarung braucht nicht von allen Gründern getroffen zu sein. Es genügt, wenn ein oder einzelne Gründer beteiligt sind. Das ergibt der Wortlaut des Gesetzes, der von „Gründern", nicht von „den Gründern" in ihrer Gesamtheit spricht.

2. Umfang und Grundlagen der Haftung: § 202 in Verbindung mit § 186 HGB.

Der § 208 HGB. spricht von „Erwerb von Vermögensgegenständen in Ausführung einer Vereinbarung" und erklärt den § 202 HGB. auf die ersatzpflichtigen Personen und den Umfang ihrer Haftung für anwendbar. § 202 HGB. setzt die Haftung der Gründer und Gründergenossen gegenüber der Gesellschaft fest. Da in dieser Bestimmung eine ganze Reihe von Tatbeständen als Voraussetzung für die Haftung enthalten ist, muß geprüft werden, welche von ihnen auf Grund der Verweisung in § 208 HGB. und des daraus folgenden Zusammenhangs dieses Paragraphen mit § 202 im vorliegenden Falle Anwendung finden können.

Die Gründer haften (§ 202 I und III):

1. für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, welche sie in Ansehung der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals und in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen machen.

49) so auch Staub-Pinner, § 208, 2; Düringer-Hachenburg, § 208, 3.

2. für bösliche Schädigungen der Gesellschaft bei Sacheinlagen und Sachübernahmen.
3. für den Ausfall bei Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs.

Für unseren Fall kann nur eine Haftung der Gründer und Gründergenossen wegen böslicher Schädigungen der Gesellschaft durch zu hohe Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen gemäß § 186 in Betracht kommen; denn in § 208 ist von „Erwerb von Vermögensgegenständen in Ausführung einer Vereinbarung ..." die Rede, so daß für die Anwendung der unter Nr. 1) und 3) genannten Haftungsgründe kein Raum ist. Wenn Goldschmit[50]) sagt, daß nicht nur die Haftung wegen böslicher Schädigung in Betracht käme, sondern auch die Haftung wegen nicht richtiger oder nicht vollständiger Angaben der in § 186 vorgesehenen Festsetzung, so ist diese Meinung unrichtig, weil der auf den § 202 verweisende § 186 Grundlage für unsere Untersuchung ist und in ihm von Festsetzungen über das Grundkapital und Sacheinlagen und Sachübernahmen nicht die Rede ist[51]).

Der Begriff der „böslichen Handlungsweise" wird im Gesetz nicht definiert, ist aber von der Rechtsprechung entwickelt. Hiernach liegt eine böswillige Handlungsweise nicht nur bei dolus vor, sondern schon bei luxuria, d. h. bei einem solchen Frevelmut oder Leichtsinn, in welchem der Täter zwar eine rechtswidrige, schädigende Handlung nicht begehen will, sich aber der schädigenden Möglichkeit bewußt ist, trotzdem sich nicht von ihr abhalten läßt und hofft, die schädigenden Folgen werden nicht eintreten[52]). Aus der Begriffsbestimmung ersehen wir, daß grobe Fahrlässigkeit nicht darunter fällt. Hat der 1. Gründer böslich gehandelt, so haften auch die anderen, wenn sie nicht den Entlastungsbeweis nach Abs. II führen können. Der Gründer ist dann von der Haftung befreit, wenn er die böswillige Schädigung „weder kannte, noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen mußte" (§ 202 II). (Hier genügt schon leichte Fahrlässigkeit zur Mithaftung.) Fällt keinem der Gründer

50) Die Aktiengesellschaft (1927) § 202 Anm. 3 unter Berufung auf JFG. 2, 195.
51) wie hier Staub-Pinner, § 208 Anm. 4; Düringer-Hachenburg, § 208 Anm. 1; RG. in LZ. 1907, S. 283 Nr. 2.
52) s. dazu RG. 1, 22; Zeitschrift f. Aktiengesellschaften und für Gesellschaften mit beschr. Haftung, herausgegeben von Josef Bauer, Bd. 20, 137; Staub-Pinner § 207, 13. Ferner Brodmann, § 202, 6, der sich gegen die vom RG. und ROHG. 10, 218 u. 17, 301 versuchte Definition wendet, m. E. aber an ihre Stelle keine bessere zu setzen vermag.

eine bösliche Handlungsweise zur Last, so haftet auch keiner, selbst wenn sie alle grobfahrlässig gehandelt haben.

Die Gründer haften als Gesamtschuldner nach § 421 f. BGB. Der Ausgleich untereinander erfolgt nach dem zugrundeliegenden Vertrage, sonst nach gleichen Kopfteilen.

Mit den Gründern haften die Gründergenossen, das sind die im Absatz IV des § 202 HGB. bezeichneten Personen. Für unseren Fall kommen nur die in Nr. 2 in Frage, also Personen, welche bei der böslichen Schädigung durch Einlagen oder Übernahmen wissentlich mitgewirkt haben[53]). Diese müssen gewußt haben, daß durch die Übernahme die Aktiengesellschaft geschädigt werden wird und müssen in irgendeiner Form dazu mitgewirkt haben. Zur Mitwirkung genügt eine Handlung, welche geeignet ist, der Verheimlichung zu dienen.

Die Schadensersatzpflicht der Gründer und Gründergenossen nach § 202 1, 2 tritt dann ein, wenn die Gesellschaft „durch Einlagen oder Übernahmen der in § 186 bezeichneten Art" böslich geschädigt wird. Man muß also auf § 186 HGB. eingehen.

In § 186 ist bestimmt, daß Vereinbarungen über einzelnen Aktionären zu gewährende Sondervorteile (Abs. I), über Sacheinlagen und Übernahmen von Vermögensgegenständen (Abs. II) und über Gründerlohn (Abs. III) der Festsetzung im Gesellschaftsvertrage bedürfen. Für § 208 HGB. ist dabei nur Absatz II des § 186 von Bedeutung, wie § 202 I, 2 ergibt.

„Sacheinlagen" können in allen körperlichen Gegenständen außer Geld bestehen. Es genügt jeder Gegenstand, welcher einen Wert hat und geeignet ist, als Aktivum in der Bilanz der AG. zu erscheinen[54]). Ihr Wesen besteht darin, daß als Gegenwert Aktien der Gesellschaft übernommen werden. Der Sacheinbringer muß mit der Einlage Aktionär werden. Dies ist der Unterschied zur „Sachübernahme", einem Vertrag zwischen den Gründern und einem Dritten, welcher an die künftige Gesellschaft einen Gegenstand veräußert und als Gegenwert keine Aktien erhält[55]). Der Unterschied zwischen „Sacheinlage" und „Sachübernahme" zeigt sich besonders bei ihrer Bezeichnung im Gesellschaftsvertrage. Die „Sacheinlage" ist ein notwendiger Bestandteil des Gesellschaftsvertrages, ohne den

53) Es gilt hier die gleiche Begründung, wie sie oben (S. 63) für die Gründer gegeben ist.
54) Staub-Pinner § 186 Anm. 6.
55) LZ. 1907, 346.

die Aktiengesellschaft nicht entstehen kann. Die „Sachübernahme" ist kein notwendiger Bestandteil, denn die Gesellschaft kann auch ohne sie zur Entstehung gelangen. Der Gegenkontrahent tritt hierbei der Gesellschaft als außenstehender Dritter gegenüber. Die Beurkundung im Gesellschaftsvertrag hat nur den Sinn, daß der Übernahmevertrag mit Eintragung der Aktiengesellschaft für diese rechtlich zur Entstehung kommt. Sie soll bezeugen, daß über einen Teil des Vermögens der Aktiengesellschaft bereits in bestimmter Weise verfügt ist.

Der Festsetzung im Gesellschaftsvertrag bedarf es, wenn Aktionäre auf das Grundkapital nicht durch Barzahlung zu leistende Einlagen machen oder wenn die Aktiengesellschaft Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände übernimmt (§ 186 II). Abkommen dieser Art, die nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen sind, sind der Gesellschaft gegenüber unwirksam (§ 186 IV).

Das Gesetz gebraucht an Stelle eines genauen juristischen Begriffs das Wort „Abkommen" und hat damit umfangreiches Streitmaterial für Lehre und Rechtsprechung geliefert. Würde statt dessen „Verträge" stehen, so wäre klar, daß nur wirksame Verträge ihre Aufnahme in die Satzung der Aktiengesellschaft hätten finden müssen, wenn sie nicht das Schicksal der Nichtigkeit gegenüber der Gesellschaft erdulden wollten.

An sich ist der Begriff des „Abkommens" eindeutig und weist auf eine feste Bindung der Parteien hin[56]). Zu diesen „Abkommen" rechnen ohne Zweifel auch Vorverträge.

Wie steht es aber

1. mit Verträgen, die nach Ansicht und Willen der Parteien bindend abgeschlossen sind, aber der nötigen Form entbehren?
2. mit bloßen Abmachungen, die noch nicht bis in das Stadium des bindenden Vertrages gediehen, aber von den Parteien fest ins Auge gefaßt sind und deren Abschluß gleich nach Eintragung der Aktiengesellschaft bevorsteht, z. B. mit Optionen?

Beide Fragen werden im Zusammenhang behandelt.

perfekte Verträge.

Man könnte sich auf den Standpunkt stellen und sagen, der Gesetzgeber habe mit dem Ausdruck „Abkommen" nichts anderes, als Verträge gemeint und sich nur etwas ungenau ausgedrückt. Daraus würde folgen,

56) So auch RG. in LZ. 1933, 45; Staub-Pinner § 186 Anm. 17.

daß ein formnichtiger Vertrag noch kein „Abkommen" i. S. dieser Vorschrift wäre, da der Vorstand vor Beurkundung des Vertrages noch freie Hand hätte und eine Bindung nicht einträte, dieser Vertrag also nicht der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag bedürfte[57]).

Die hier vertretene Ansicht.

Wir halten diese Ansicht nicht für richtig, glauben vielmehr, uns auf einen strengeren Standpunkt stellen zu müssen. U. E. leuchtet es mehr ein, daß der Gesetzgeber mit dem Worte „Abkommen" nicht eine ungenaue Bezeichnung für „Vertrag" geben, sondern gerade einen weiteren, über den Vertrag hinausgehenden Begriff schaffen wollte, mehr in der Richtung dessen, was der Laie unter Abkommen versteht; denn es wäre kaum verständlich, daß der Gesetzgeber an Stelle des genauen und eindeutigen „Vertrages" das unjuristische „Abkommen" setzte, und das nur aus Versehen.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt auch der Zweck des § 186 IV HGB., der dahin geht, Schwindelgründungen zu verhüten und die Publizität aller nur denkbaren Bindungen zu gewährleisten. Vermeiden aber die Gründer den formgerechten Abschluß eines Vertrages gerade mit dem Ziel, die schwierigen Vorschriften des § 186 II zu umgehen — es liegt dann ja keine „bindende" Abmachung i. S. einer rechtlichen Durchsetzbarkeit vor — so können sie leicht zu einer Umgehung gelangen, die sie nach der Gründung durch einfachen GV.-Beschluß gemäß § 207 HGB. heilen. Oder haben die Gründer bereits einzubringende Gegenstände fest an der Hand und die bestimmte Absicht, sie sofort nach Eintragung der Gesellschaft zu erwerben, da sie für deren Betrieb notwendig sind, und würde man für diesen Fall § 186 nicht anwenden, da noch keine „festen Abmachungen" vorlägen, so wäre auch hier der Umgehung Tür und Tor geöffnet.

Allerdings kann man nicht schon jede Abmachung der Gründer mit dritten Personen der Bestimmung des § 186 II, IV HGB. unterwerfen.

Ein „Abkommen" i. S. des § 186 IV liegt dann vor, wenn zwischen zwei Parteien Vereinbarungen über bestimmte, in die Gesellschaft einzubringende Gegenstände getroffen worden sind, die juristisch noch nicht als wirksame Verträge angesprochen werden können, die aber entweder nach Meinung der Parteien eine feste Bindung erzeugen (wie bei den form-

57) So Staub-Pinner, § 186 Anm. 17; JW. 1928, 2614 Anm. Pinner.

nichtigen Verträgen) oder von ihnen sicher ins Auge gefaßt werden, daß mit ihrer Verwirklichung demnächst zu rechnen ist[58]).

Leitend muß im einzelnen Fall immer der Gedanke sein, ob die gesetzlich erwünschte Offenlegung der Vermögensverschiebungen in der zu gründenden Aktiengesellschaft eine Anwendbarkeit des § 186 HGB. erfordert.

Das Kammergericht nimmt demgegenüber ein „Abkommen" schon an, wenn im Gründungsplan von Sachübernahmen die Rede ist[59]). Das geht über den Gesetzesinhalt und über den mit ihm gewollten Zweck weit hinaus. Würde man der Ansicht des KG. folgen, dann gäbe es überhaupt nur noch Sachgründungen bei Gesellschaften, die mit der Herstellung von Industrieerzeugnissen irgendwie beschäftigt sind; denn bevor eine solche Gesellschaft ins Leben tritt, stellen die Gründer einen Plan über die künftige Arbeit auf und setzen in diesem schon jetzt vorläufig fest, welche Grundstücke sie erwerben und was für Gebäude sie errichten wollen, um sich ein Bild von der Einträglichkeit des Unternehmens zu machen.

Richtige Gedanken sind dagegen in KGJ. 25, 85 A enthalten, worin ausgeführt wird, daß der Begriff der „Übernahme" „nicht nur die nach allen Richtungen hin perfekte Übereinkunft, sondern jedes Abkommen über den Erwerb durch die Aktiengesellschaft umfasse, gleichviel ob dessen Rechtsbestand von dem Eintritt einer Bedingung, Zeitbestimmung etc. abhängig ist." Unrichtig sind dagegen die Ausführungen in diesem Beschluß, die zur Begründung des Satzes, daß ein bindender Vertrag nicht Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 186 II, IV sei, sagen, die Aktiengesellschaft könne derartige Verträge gar nicht eingehen, weil sie als solche vor der Eintragung nicht besteht (§ 200 I HGB.), gar nicht rechtlich in der Lage ist, Übernahmeverträge im Gründungszeitraum abzuschließen." Die Gründer können sehr wohl für die noch nicht existierende Gesellschaft Verträge abschließen. Es finden hierauf die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung[60]), die auch für eine noch nicht bestehende Rechtsperson gelten[61]). Würde man der Ansicht Staub-Pinners[62]) folgen und nur bereits perfekte Verträge unter § 186 II, IV HGB. rechnen, käme man zu unbefriedigenden Ergebnissen. Denn: Sollte man ein

58) So auch RG. 121, 102; JW. 1928, 2613; Koenige-Teichmann-Koehler, § 186 Anm. 7a; Friedrich Goldschmit, Die Aktiengesellschaft, § 186, 27.
59) KG. in OLG. Rechtspr. 43, 305.
60) Staudinger, § 677 BGB. Anm. 2 b β.
61) Staub-Pinner § 200 Anm. 7; Hachenburg, JW. 1924, 201.
62) § 186 Anm. 17.

formbedürftiges Abkommen, das die Gründer mit dritten Personen über zu erwerbende Sacheinlagen dem Formerfordernis gemäß schriftlich geschlossen haben, den erschwerenden Vorschriften über die Sachgründung unterwerfen, dagegen ein anderes nicht, bei dem die schriftliche Festlegung unterblieben ist, an das sich die beteiligten Personen aber genau so gebunden halten? Das hieße den rein wirtschaftlich zu wertenden Vorgang bloßen Zufälligkeiten unterwerfen! Die Beteiligten prüfen, wie sie am billigsten den von ihnen bezweckten Erfolg erreichen können, wobei ihnen die Form ganz gleichgültig ist. Beide Fälle aber sind rein lebensmäßig und praktisch gesehen gleich zu beurteilen, mögen auch rechtliche Unterschiede bestehen. Es hieße den Sinn unserer Rechtsordnung verkennen, wollten wir zwei so gleich liegende Vorgänge nur wegen juristischer Konstruktionen verschieden beurteilen[63]).

Wir kommen also in betreff der Gründerhaftung aus § 208 HGB. zu folgendem Ergebnis:

Aus § 208 HGB., der für die Gründerhaftung den § 202 HGB. heranzieht und aus § 186 HGB., auf den wiederum § 202 verweist, folgt für unseren Fall: Die Gründer haften der Gesellschaft für böswillige Schädigungen bei Sacheinlagen und Sachübernahmen; mit ihnen als Gesamtschuldner haften die Gründergenossen, die bei der böswilligen Schädigung durch Einlagen oder Übernahmen wissentlich mitgewirkt haben. Abkommen über Sacheinlagen und Sachübernahmen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag. Das „Abkommen" i. S. des § 186 IV HGB. umfaßt nicht nur formgerechte, perfekte Verträge zwischen den Parteien, sondern auch formungültige, die aber nach Meinung der Vertragspartner gültig geschlossen sind, und sonstige Vereinbarungen, die als so sicher bestehend betrachtet werden, daß mit ihrer tatsächlichen Verwirklichung zu rechnen ist. Dagegen unterfallen Abmachungen zwischen den Gründern und dritten Personen, die nur moralische Bindungen erzeugen, nicht den erschwerenden Bestimmungen des § 186 II, IV, sind also keine „Abkommen" i. S. dieser Vorschrift.

IV. Heilung der verschleierten Sachgründung.

Ebenso, wie die Nachgründung erschwerten Vorschriften unterworfen ist, ist es auch die mit ihr wirtschaftlich eng zusammenhängende Sachgrün-

63) Siehe dazu Lifschütz in LZ. 1927, 952; vgl. ferner OLG. Dresden bei Bauer, Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. beschr. Haftung 32, 83.

dung. Hierunter sind diejenigen Gründungen zu verstehen, bei denen „auf das Grundkapital von Aktionären Einlagen gemacht" werden, „die nicht durch Barzahlung zu leisten sind, oder vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen" werden (§ 186 II HGB.).

Beide Vorschriften, sowohl § 186, als auch § 207 HGB. sind Schutzbestimmungen für die Aktiengesellschaft. Diese will die Aktiengesellschaft vor Übervorteilungen kurze Zeit nach der Eintragung ins Handelsregister schützen, jene verfolgt denselben Zweck im Gründungsstadium, also vor der Eintragung. § 186 HGB. enthält ein besonders wichtiges Schutzrecht gegen unsolide Gründungen.

Obwohl die vorliegende Arbeit sich nur mit der Nachgründung zu beschäftigen hat, mit Verträgen also, welche die Aktiengesellschaft n a c h ihrer Eintragung ins Handelsregister abschließt, muß doch in einem den § 207 HGB. unmittelbar angehenden Punkte auf die Vorschriften über die Sachgründung eingegangen werden, weil, wie zu zeigen sein wird, zur Umgehung von Sachgründungen bisweilen Nachgründungen vorgenommen werden. § 186 HGB. ordnet an, daß etwaige b e i d e r G r ü n d u n g getroffene Abreden über Sacheinlagen und Sachübernahmen der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag bedürfen, widrigenfalls diese Geschäfte nichtig sind. Für die Sachgründung gelten nicht nur die Bestimmungen des § 186, II, IV HGB., sondern es bestehen noch eine weitere Anzahl von Schutzmaßnahmen, von denen die wichtigste die Prüfung der Verträge durch besondere Revisoren ist (§§ 192, 193 HGB.).

Um dieses umständliche Verfahren einer Sachgründung, besonders die Prüfung durch Revisoren, zu vermeiden, wurden in der Praxis nicht selten[64]) Bargesellschaften gegründet, die Sachübernahme aber bereits im Gründungsstadium fest vereinbart und kurz nach der Eintragung ins Handelsregister vom Vorstand mit dem Dritten unter Beachtung der Vorschriften des § 207 HGB. abgeschlossen („vorbeabsichtigte Nachgründung"). Erreicht wurde dadurch eine erhebliche Erleichterung der Gründung gegenüber den Bestimmungen der §§ 186 ff. HGB. Damit waren praktisch die Vorschriften über die Sachgründung umgangen. Es ist zu prüfen, ob § 207

64) vgl. Hagelberg in Festschrift für Oberneck, S. 214. Rudolf Fischer in Gruchots Beiträge 64, 665 nimmt sogar an, daß 80—90% aller Bargründungen in Wirklichkeit Sachgründungen seien. Siehe ferner F. Schlegelberger, Die Gesetze über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (1935) § 127 Anm. 9 Nr. 10.

auch bei Erfüllung aller in ihm genannten Bedingungen gegenüber solchen Umgehungen der Sachgründungsvorschriften einen wirksamen Schutz entgegenzusetzen vermag.

Über das Verhältnis zwischen § 186 und § 207 HGB. bestehen in Literatur und Rechtsprechung Zweifel. Zunächst fragt es sich, ob bei Verletzung der Vorschriften über die Sachgründung eine Heilung der Unwirksamkeit des Vertrages möglich und auf welchem Wege diese zu bewirken ist. Besonders ist hier zweifelhaft und bestritten, ob zur Heilung die Nachholung sämtlicher in den §§ 186, 191—193 HGB. erforderten Maßnahmen notwendig ist, oder ob die Beachtung des § 207 HGB. genügt. Eine weitere Frage ist, ob es den Gründern freisteht, zwischen Sachgründung und Nachgründung zu wählen, oder ob sie, wenn bereits im Gründungsstadium feste Vereinbarungen oder sogar Verträge zwischen ihnen und Dritten bestehen, zur Beachtung der §§ 186 ff. HGB. gezwungen sind.

Im Schrifttum und Rechtsprechung ist die Frage der Heilung solcher „fehlerhafter Sachgründungen" weitgehend behandelt; es haben sich folgende 3 Meinungen gebildet:

I. Heilung möglich
   1. in der Form des § 207 HGB.
   2. mittels Satzungsänderung und Prüfung durch Revisoren.

II. Heilung ist nicht möglich.

Vorausgeschickt wird, daß der Ausdruck „Heilung" nicht genau ist. „Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ist begriffsmäßig definitiv unheilbar"[65]). Dadurch unterscheidet sich das nichtige vom unwirksamen Rechtsgeschäft, das zunächst die gewollten Rechtswirkungen nicht erzeugt, sie jedoch durch nachträgliche Vornahme der fehlenden Erfordernisse erlangen kann[66]). Der Ausdruck „Heilung" mag trotzdem beibehalten werden, weil er sich im Schrifttum und in der Rechtsprechung eingebürgert hat. Man bezeichnet damit die Möglichkeit, daß ein einer verschleierten oder fehlerhaften Sachgründung zugrundeliegendes Rechtsgeschäft durch Nachholung der Wirksamkeitserfordernisse vollgültig werden kann[67]).

Verträge, die Abreden über Sacheinlagen und Sachübernahmen enthalten und nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen worden sind, sind

---

65) von Tuhr, Allgemeiner Teil (1914) Bd. II 1. Hälfte S. 292.

66) Vgl. Staudinger, § 141 Anm. 2; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 189 I 3.

67) Vgl. z. B. Staub-Pinner, § 186 Anm. 17; Flechtheim, JW. 1929, 2105.

nichtig (§ 186 IV HGB.). Wird die Gesellschaft trotz solcher Abkommen in das Handelsregister eingetragen, so ist nur das Abkommen über die Sacheinlagen oder Sachübernahmen nichtig, nicht aber der ganze Gesellschaftsvertrag[68]). Der Registerrichter, der bei Kenntnis solcher Abkommen der Gründer mit Dritten nicht eintragen dürfte, wird Bedenken nicht geltend machen, da er in der Regel von diesen Verträgen nichts weiß.

Aus dem Sinn der §§ 207, 208 HGB. und aus dem Wortlaut des § 208 HGB. folgert das Kammergericht[69]), daß der Gesetzgeber selbst eine „vorbeabsichtigte Nachgründung"[70]), die unter Verstoß gegen § 186 HGB. vorgenommen wird, für gültig hält, wenn die Form des § 207 HGB. beachtet ist. Der Gesetzgeber habe, so meint das Kammergericht, durch die Einfügung der §§ 207, 208 HGB. den Schutz der §§ 186, 191—194 HGB. aufgehoben; denn in § 207 sei eine Beschränkung des Zeitraums der Eintragung solcher Verträge nicht aufgenommen. Es sei nichts davon gesagt, daß diese Vorschrift nur dann zur Anwendung kommen könne, wenn Verträge über Sacheinlagen und Sachübernahmen erst nach Eintragung der Gesellschaft von den Gründern abgeschlossen werden[71]).

Mit dieser Lehre eng verwandt ist die Meinung derjenigen Schriftsteller, die den Gründern freie Wahl bei der Gründung einer Aktiengesellschaft lassen[72]). Sie gehen davon aus, der Gesetzgeber habe beide Rechtsformen, die Sachgründung des § 186 HGB. und die Bargründung mit Nachgründung gemäß § 207 HGB. zur Verfügung gestellt. Es stehe den Gründern also frei, ob sie bei der Gründung einer Aktiengesellschaft zunächst eine Bargründung unter Außerachtlassung der §§ 186 ff. HGB. vornehmen und nach ihrer Eintragung die schon vorher beabsichtigten Sacheinlagen im Wege des § 207 HGB. durchführen, oder ob sie von vornherein die Aktiengesellschaft als Sachgründungsgesellschaft ins Leben rufen wollen. Hagelberg[73]) folgert das Wahlrecht der Gründer aus der

68) so die h. L.: Goldschmit, Aktienrecht § 186 Anm. 28; Friedländer, Aktienrecht § 186; 3; Brodmann § 207, 7; Flechtheim, JW. 1929, 2105 ff; Rospatt, Bank Arch. 29, 340. A. A. Staub-Pinner, § 186 Anm. 17, a, der Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrages annimmt.

69) KG. bei Ring I, 204; OLGR. 43, 305; 43, 306.

70) Vgl. oben S. 69.

71) So auch Radkau, JW. 1922, 899; Rudolf Fischer in Ehrenbergs Handbuch Bd. III, 1. Abt. S. 134 f; F. Mann, Die Sachgründung im Aktienrecht (1932) Seite 107—108.

72) Hagelberg in Festschrift für Oberneck S. 221, 223, 230; Schlegelberger, Die Gesetze über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (1934), § 127 Anm. 9 Nr. 10; Mann a. a. O. S. 92, 93.

73) S. 223, 224.

Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Bestimmungen und besonders aus dem Wortlaut des § 208 HGB. Dieser Paragraph regele den Fall, daß die Gesellschaft nach ihrer Entstehung Vermögensgegenstände „in Erfüllung einer vor ihrer Eintragung in das Handelsregister von Gründern getroffenen Vereinbarung" (§ 208 HGB.) erwirbt. Hieraus ergebe sich, daß derartige Vereinbarungen zulässig und rechtswirksam seien. Weiter entspreche es dem Wesen der normalen und gesunden Gründung, daß die Gründer schon vor der Eintragung ein bestimmtes Programm über die zu erwerbenden Sachen aufgestellt haben. Nehme das Gesetz aber die Bargründung als Normalfall an, so könne es nicht als eine Umgehung des Gesetzes hingestellt werden, wenn die Gründer schon vor Eintragung der Aktiengesellschaft ins Handelsregister Verträge über den Erwerb von Sachen vereinbarten.

Die Meinung des Kammergerichts und der Schriftsteller, die eine Heilung von fehlerhaften Sachgründungsverträgen auf dem Wege des § 207 HGB. zulassen[74]), sowie die Anschauung derjenigen, welche den Gründern die Wahl zwischen §§ 186 ff. und § 207 HGB. geben, ist u. E. zu verwerfen.

Es kann nicht der Sinn eines Gesetzes sein, daß es zwei sich widersprechende Vorschriften erläßt, von denen die eine durch die andere in ihren tatsächlichen Auswirkungen außer Kraft gesetzt wird. Der § 186 HGB. enthält den Hauptschutz gegen unsolide Gründungen, freilich nicht in dem Sinne, daß die Vorteilsgewährung an die Gründer oder die hohe Berechnung von Einlagen verboten wäre. Er gebietet vielmehr nur, daß eine Offenlegung dieser Akte stattzufinden hat. Zur weiteren Sicherung der Aktionäre ist der Gründerbericht gemäß § 191 HGB. und die Prüfung durch Revisoren nach § 192 HGB. vorgesehen.

Hiervon ganz verschieden und ungleich schwächer sind die Vorschriften des § 207 HGB. Es bedarf zur Wirksamkeit der dort angegebenen Geschäfte nur der Genehmigung der Generalversammlung. Eine widerspruchsvolle Regelung des Gesetzes durch Einführung von Sicherungen in § 186 HGB. und ihre Aufhebung in § 207 HGB. können wir nicht annehmen. Wir würden aber zu diesem widerspruchsvollen Ergebnis kommen, wenn wir uns der Ansicht des Kammergerichts und der ihm folgenden Schriftsteller anschlössen[75]). Die Gründer, die sich von den erschwe-

74) Vgl. S. 71, Anm. 69 und 71.
75) s. oben S. 71, Anm. 69 und 71.

renden Gründungsvorschriften der §§ 186, 191, 192 HGB. befreien wollten, würden zunächst eine reine Bargesellschaft gründen, um dann nach Eintragung ins Handelsregister im Wege des einfachen GV.-Beschlusses diese fehlerhaften Einbringungs- und Übernahmeverträge zu „heilen". Das Gesetz würde damit den Gründern eine Handhabe geben, die im Gesetz enthaltenen Vorschriften zu umgehen, was unmöglich Sinn des Gesetzes sein kann. Deshalb ist diese Ansicht abzulehnen[76]).

Im Gegensatz zu der soeben erörterten steht die Ansicht derjenigen Schriftsteller, die behaupten, die Heilung einer unter Verletzung der §§ 186 ff. HGB. vorgenommenen Gründung sei überhaupt nicht möglich[77]). Die Heilung eines Sacheinlage- und Sachübernahmevertrages sei nicht möglich, weil er nichtig sei, nichtige Rechtsgeschäfte aber ihrem Wesen nach unheilbar seien; denn das nichtige Rechtsgeschäft sei etwas nicht Vorhandenes. Wenn § 141 BGB. von „Bestätigung" eines nichtigen Rechtsgeschäfts spreche, sei damit in Wahrheit eine Neuvornahme gemeint[78]). Wollten die Parteien einem nichtigen Rechtsgeschäft die Rechtsfolgen verschaffen, die es bei Gültigkeit haben würde, so müßten sie ein neues Rechtsgeschäft mit diesem Inhalt abschließen. Das neue Rechtsgeschäft, das durch „Bestätigung" des nichtigen ins Leben gerufen werden könne, müsse allen Erfordernissen des zu bestätigenden genügen. Es müsse insbesondere von denselben Personen vorgenommen werden, die auch an dem nichtigen beteiligt waren. Das seien die Gründer. Die Heilung des Nachgründungsvertrages sei allein in der Form der Nachholung der versäum-

76) Mann, Die Sachgründung im Aktienrecht (1932) S. 92—93 folgert aus der verschiedenen Regelung des § 186 und 207 HGB, daß der Gesetzgeber mit Absicht diese beiden Möglichkeiten der Sachgründung gegeben hat. Er hat damit nicht die Umgehung des § 186 sanktionieren wollen, sondern ein Vermeiden des § 186 HGB ermöglicht, ja erwartet. Es sei der Rechtsprechung versagt, eine Lücke im Gesetz herausfinden zu wollen und mit der Behauptung, einer Gesetzesumgehung entgegenzutreten, die Anwendung des § 207 HGB auf diesen Fall zu verhindern, wenn der Gesetzgeber selbst die Regelung so gewollt habe; damit überschreite die Rechtsprechung ihre Grenzen.

Die Schlußfolgerung ist u. E. nicht zutreffend und wird auch von der herrschenden Lehre nicht gezogen. Gerade das Gegenteil scheint uns richtig zu sein. § 207 HGB gilt nur für schon gegründete Gesellschaften und will eine Sachübernahme oder Sacheinbringung innerhalb der ersten zwei Jahre *seit Gründung* unter die dort geregelten, gegenüber den des § 186 HGB erleichterten Vorschriften stellen. § 186 HGB gilt für noch nicht gegründete, sondern sich in der Gründung befindliche Gesellschaften und unterwirft sie in diesem Falle erschwerten Vorschriften.

77) Flechtheim, JW. 1929, 2106; Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 70, 75.

78) Staudinger, § 141 Anm. 2; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 189 I 3; von Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. II, 1. Hälfte (1914) S. 292.

ten gesetzlichen Anordnungen möglich. Die jetzt stattfindende Satzungsänderung sei aber keine „Bestätigung" des nichtigen Vertrages durch nachträglichen, nochmaligen Abschluß durch die Gründer, sondern ein Akt der Aktiengesellschaft. Auch der Gründerbericht könne meist nicht mehr nachgeholt werden, weil durch Veräußerung von Aktien andere Personen anstelle der ausgeschiedenen Gründer eingetreten seien. Aber auch die weiteren gesetzlichen Erfordernisse könnten nachträglich nicht mehr befolgt werden. § 192 HGB. verlange die Prüfung des Gründungsvorganges durch amtlich bestellte Revisoren. Wie Flechtheim[79]) ausführt, mache es einen großen Unterschied, ob die Revisorenprüfung vor Vertragsschluß oder erst nachträglich geschehe. In beiden Fällen könne die Stellung der Aktionäre zu dem Unternehmen ganz verschieden sein. Falle der Bericht vor der Gründung ungünstig aus, dann würden die Aktionäre von einem solchen Geschäft absehen, oder die ganze Gründung unterlassen. Arbeite die Aktiengesellschaft bereits seit einem Jahr und werde nunmehr die Lage durch den Revisorenbericht ungünstig dargestellt, so würden die Beteiligten sich oft in einer Zwangslage befinden. Es sei jetzt schwer, das Geschäft nicht zu genehmigen, weil dadurch vielleicht der Fortbestand der ganzen Gesellschaft gefährdet werde. Häufig werde die Abstimmung die Bestätigung des nichtigen Geschäfts ergeben, was bei einem früheren Bericht vielleicht nicht geschehen wäre.

Die Bedenken, die Flechtheim[80]) gegen die Wirksamkeit einer nachträglichen Revisorenprüfung hat, werden u. E. durch das Reichsgericht[81]) nicht entkräftet. Es muß Flechtheim zugegeben werden, daß die Prüfung eines Sacheinbringungs- oder Sachübernahmevertrages durch Revisoren im Entstehungsstadium der Gesellschaft, in dem noch keinerlei Verpflichtungen der Gründer bestehen, und längere Zeit nach ihrer Eintragung von ganz verschiedenem Werte sind. Der Nachteil, der die Aktionäre bei Ablehnung dieses Vertrages treffen würde, ist gewöhnlich ungleich größer, als der, den sie in Kauf nehmen müßten, wenn sie den unvorteilhaften Vertrag bestätigen würden. Bisweilen hängt von der Bestätigung der Fortbestand der ganzen Gesellschaft ab.

Flechtheim unterscheidet zwischen der aktienrechtlichen und der schuldrechtlichen Seite des Geschäfts. Das aktienrechtliche Geschäft ist unwirk-

79) JW. 1929, 2106.
80) JW. 1929, 2106.
81) RG. 130, 254.

sam und kann nicht durch Genehmigung wirksam werden, das schuldrechtliche bleibt bestehen und verpflichtet den Gründer statt der nichtigen Sacheinlage oder Sachübernahme zur Einzahlung in bar[82]). „Der Sinn des § 186 IV HGB. ist doch der, daß, wenn die Sacheinlage nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen ist, der Gründer sich nur durch Barzahlung von seiner Einlagepflicht befreien kann“[83]).

Die Flechtheimsche Lösung ist juristisch zwar an sich wohl begründet. Trotzdem kann man ihr u. E. nicht bedingungslos folgen, da sie über das Ziel hinausgeht und dem Grundgedanken des Gesetzes nicht gerecht wird. Die Möglichkeit, daß die nach § 186 IV HGB. nichtigen Sachübernahmeverträge durch nachträgliche Satzungsänderung geregelt werden können, ist zu bejahen. Staub-Pinner[84]) und das Reichsgericht[85]) nehmen allerdings ganz allgemein an, daß Verträge über Sacheinbringungen und Sachübernahmen, die nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen und daher nichtig sind, durch nachträgliche Einfügung in den Gesellschaftsvertrag Gültigkeit erlangen können. Aus dem Gesetz sei nicht herauszulesen, daß solche Verträge unheilbar nichtig sein sollen. Der Zweck der Bestimmung sei Offenlegung der Gesellschaftsverhältnisse. Dieser könne auch nachträglich erreicht werden[86]). Dem ist in diesem Umfang nicht zuzustimmen.

Man muß unterscheiden zwischen Sacheinbringungs- und Sachübernahmeverträgen. Ein Abkommen, nach welchem Aktionäre auf das Grundkapital Einlagen zu machen haben, ist Teil des Gesellschaftsvertrages und daher einer nachträglichen Heilung schlechthin unzugänglich. Aber auch eine nachträgliche Vereinbarung über Sacheinlagen der Aktionäre kann selbst durch Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag nicht wirksam werden, weil dem § 221 HGB. entgegensteht, der in Verbindung mit §§ 211, 220 HGB. die Pflicht der Aktionäre zur Einlage in bar festsetzt. Soweit ist Flechtheim[87]) zu folgen.

Anders bei Übernahmeverträgen. Solange die Aktiengesellschaft noch nicht ins Handelsregister eingetragen ist, können sie nur in der Form des

82) Ebenso Geiler, JW. 1929, 2924.
83) Flechtheim, JW. 1929, 2106.
84) § 186 Anm. 18, a.
85) RG. 121,99 — JW. 1928, 2613; RG. 130, 253 = JW. 1931, 49; RG. LZ. 1908, 297, 5.
86) So Staub-Pinner § 186 Anm. 18,a; RG. 121, 99; RG. 130, 253; RG. LZ. 1908, 297 Nr. 5.
87) JW. 1929, 2106.

§ 186 II HGB. wirksam werden. Ist die Gesellschaft schon eingetragen, dann ist eine Vorgesellschaft gegründet, und erwirbt sie jetzt Vermögensgegenstände, so muß die Vorschrift des § 207 HGB. beachtet werden. Aber auch ein vor der Eintragung der Aktiengesellschaft bereits abgeschlossener Übernahmevertrag, der nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen ist, kann durch nachträgliche Aufnahme in ihn wirksam werden. Die §§ 221 (211, 220) HGB. stehen nur hinsichtlich der Einlagen entgegen, nicht aber hinsichtlich der Sachübernahmeverträge.

Die Bedenken Flechtheims, der eine Heilung grundsätzlich sowohl bei Einlagen als auch bei Übernahmeverträgen ablehnt, gelten nur für jene[88]).

Die Sachübernahme muß in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Geschieht das nachträglich, liegt eine Satzungsänderung vor, die durch GV.-Beschluß vorgenommen wird. Kommt eine Prüfung durch Revisoren hinzu, so ist Heilung möglich.

Flechtheim selbst geht von seiner bisher festgehaltenen Meinung[89]) ab, ein unter Verstoß gegen §186 HGB. geschlossener Vertrag sei unheilbar nichtig. Er erkennt die Beweisführung des Reichsgerichts in seiner neuesten Entscheidung[90]) als richtig an — allerdings auch jetzt noch nicht, ohne auf die schweren Bedenken dieser Lösung aufmerksam zu machen — und führt in einer Anmerkung dazu aus[91]):

„Ich gebe ohne weiteres zu, daß die Bedenken gegen eine Heilung eines Verstoßes gegen § 186 II bei einer Sachübernahme nicht so gravierend sind, wie im Fall der Sacheinlage. Hier greift insbesondere der Gesichtspunkt des § 221 HGB. nicht ein. Dennoch bestehen schwere Bedenken gegen die Auffassung des RG."

Die Richtigkeit des vom Reichsgericht gefundenen Ergebnisses wird am besten an Hand eines Beispiels nachgewiesen.

Hatte die Gesellschaft zum Beispiel eine Fabrik übernommen und dies nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen, so würde nach Flechtheims Ansicht ein nachträglicher Erwerb nicht mehr möglich sein. Wenn der Bestand der Gesellsaft von dieser Fabrik abhängt, müßte sie sich auflösen und neu gründen, jetzt unter Einfügung des Fabrikgrundstücks in den Gesellschaftsvertrag. Diese Folgerung würde über den Rahmen der ge-

88) Ebenso RG. 130, 254; Hagelberg, a. a. O. in Festschrift für Oberneck.
89) JW. 1929, 2105.
90) RG. 130, 249.
91) JW. 1931, 49.

setzlichen Erfordernisse hinausgehen, insbesondere, wenn die Gesellschaft schon ein Jahre lang mit der Fabrik gearbeitet hat. Es sollen die Aktionäre geschützt werden. Sie sind es, wenn nach Gründung der Aktiengesellschaft das Versäumte durch Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag (Satzungsänderung) + Prüfung durch Revisoren nachgeholt wird. Die GV. braucht ihre Zustimmung nicht zu geben, wenn die Übernahme sich als unvorteilhaft herausstellt. Dies kann umso leichter geschehen, als zum Zustandekommen des Beschlusses gewöhnlich eine Mehrheit von ¾ des anwesenden Grundkapitals erforderlich sein wird[92]). Erteilen aber die Aktionäre ihre Zustimmung zu dem Vertrag, so zeigen sie damit, daß sie ihn für günstig oder zum Fortbestand der Gesellschaft für notwendig halten. Es ist kein gesetzlicher Grund ersichtlich, ihnen dieses Selbstbestimmungsrecht zu nehmen oder zu mindern.

Dies kann wegen der juristisch verschieden gearteten Sachlage bei Sacheinlagen nicht gelten. Die Einlagepflicht besteht für jeden Aktionär (§ 221 HGB.). Aus den Einlagen setzt sich das Grundkapital der Aktiengesellschaft zu sammen, der Mindestgarantiefonds für die Gläubiger der Aktiengesellschaft[93]). Hieraus ergibt sich, daß die Einlage der Aktionäre wesensnotwendig für die Entstehung der Aktiengesellschaft ist. Der Einbringungsvertrag ist ein Akt des Mitgliedwerdens[94]). Daher kann eine nachträgliche Heilung von nichtigen Einlageverträgen nicht in Betracht kommen. Anders bei der Sachübernahme. „Sie soll nur einen Umsatzvertrag sofort mit der Existenz der Gesellschaft für diese entstehen lassen"[95]). Die Unwirksamkeit dieses Vertrages ist zwar auch eine absolute. „Aber auf den Bestand der Gesellschaft ist dies ohne Einfluß, der Erwerb der Sache mag wirtschaftlich für sie von noch so großer Bedeutung sein"[96]).

Die direkte Anwendung des § 141 BGB. läßt hier im Stich, weil die sämtlichen versäumten Handlungen der §§ 186, 191, 192 HGB. nicht mehr nachgeholt werden können. Insbesondere sind es nicht dieselben Personen, die das nichtige Rechtsgeschäft bestätigen. Weiter kann der Gründerbericht nicht mehr erbracht werden, wenn einige Gründer schon

92) §§ 274, 275 HGB. Ebenso Staub-Pinner, § 186 Anm. 18 a; Koenige-Teichmann-Koehler, § 186 Anm. 7 e; RG. 121, 99; 130, 248; RG. LZ. 1931, 446; J. v. Gierke § 39 4, c.
93) RG. 18, 1.
94) Goldschmit, Handelsgesetzbuch, § 186, 5.
95) Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 72.
96) Düringer-Hachenburg, a. a. O.

ausgeschieden sind. Da aber der Sinn der aktienrechtlichen Vorschriften zu einer Heilung führen muß, müssen wir § 141 BGB. entsprechend anwenden und kommen dann zu dem gewünschten Ergebnis. Man muß sich, wie auch das Reichsgericht es tut[97]), mit den noch möglichen Maßnahmen begnügen, den Gründerbericht also weglassen.

Ergebnis: Die Heilung eines nach § 186 IV HGB. der Gesellschaft gegenüber unwirksamen Sachübernahmevertrages ist möglich durch nachträgliche Satzungsänderung und Revisorenprüfung, nicht aber im Wege der Nachgründung gemäß § 207 HGB.[98]).

§ 8. Inwieweit bedarf § 207 HGB. der gesetzgeberischen Reform?

Im Laufe der Erörterungen hat sich gezeigt, daß die gesetzliche Regelung der Nachgründung zu mannigfaltigen Zweifeln Anlaß gibt, sowohl, was die Auslegung des § 207 HGB. selbst anlangt, wie auch hinsichtlich seiner Stellung zu anderen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Handelsgesetzbuchs. Selbstverständlich kann es nicht Aufgabe einer gesetzlichen Vorschrift sein, alle im Rahmen dieser Arbeit aufgeworfenen Fragen durch eingehende Vorschriften zu klären. Dazu fehlt das praktische Bedürfnis; mehr denn je kann und muß heute die Tätigkeit des Richters schöpferischer und lückenausfüllender Art sein.

Immerhin erscheint ein großer, in dieser Arbeit aufgetauchter Fragenkomplex, der zu einer Unsicherheit im Rechtsleben der Aktiengesellschaften geführt hat, der gesetzlichen Regelung bedürftig: es ist dies das Verhältnis der §§ 186 und 207 HGB. zueinander.

Die von der Lehre aufgestellten Meinungen sind oben ausführlich behandelt[1]). Dabei ist einmal deutlich geworden, daß in der Rechtsprechung eine Meinungsverschiedenheit zwischen Kammergericht und Reichsgericht

97) RG. 130, 248.

98) Von den ausländischen Rechten kennt nur das polnische Gesetz die Prüfung des Gründerberichts (der hier durch den Vorstand abgefaßt wird) durch sachverständige Revisoren (Art. 53 II — Art. 7). Das Registergericht ernennt sie aus einer von der Industrie- und Handelskammer aufgestellten Liste. Die Revisoren verfertigen einen eingehenden Bericht, von dem ein Exemplar das Registergericht, ein anderes die Gründer erhalten. Damit ist das polnische Gesetz dem Ideal dieser Problemlösung am nächsten gekommen. Wir haben die Revisorenprüfung in unseren amtlichen Entwurf aufgenommen und werden damit die Rechtssicherheit wiederherstellen, die durch die unterschiedliche Auffassung in der Anwendung der §§ 186 und 207 HGB zwischen Kammergericht und Reichsgericht gestört war.

1) Vgl. oben S. 70 ff.

besteht. Die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit ist unerträglich, weil beide Gerichte in letzter Instanz zur Entscheidung berufen sind: Das Kammergericht als höchste preußische Instanz in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das Reichsgericht bei Prozessen, deren Gegenstand die gleichen Fragen bilden können.

Auf der anderen Seite ist aber auch deutlich geworden, daß in diesen beiden Vorschriften in § 186 und § 207 HGB., ein eigenartiger Unterschied in der Wertung der schutzbedürftigen Belange der Aktionäre gemacht wird, der durch nichts gerechtfertigt ist. Wirtschaftlich bedeuten Sachgründung auf der einen und Nachgründung auf der anderen Seite das gleiche. Die Interessen der Aktionäre an Offenlegung der Vorgänge sind in beiden Fällen dieselben. Dennoch stellt das Gesetz an die Gültigkeit eines Nachgründungsvertrages mildere Anforderungen als an die Sachgründung. Hier ist es Sache des Gesetzgebers, die beiden Vorschriften in Einklang zu bringen, sei es nun, daß die Vorschrift des § 186 HGB. in der Richtung des § 207 HGB. in ihren Anforderungen gemildert wird, sei es, daß die Nachgründungsvorschriften in der Richtung des § 186 HGB. verschärft werden. Es geht nicht an, daß die eine Vorschrift zur Umgehung der anderen benutzt und so ein Weg geschaffen wird, die schwereren Bestimmungen bei der Gründung durch Nachholung mittels der leichteren außer Kraft zu setzen. Wird selbst die von uns oben vertretene Ansicht, daß eine Heilung der verschleierten Sachgründung über § 207 HGB. ohne weiteres nicht möglich ist, anerkannt, so wird das doch nie hindern, daß praktisch ständig der unzulässige Wege über § 207 HGB. beschritten wird; denn in den seltensten Fällen wird den interessierten Kreisen, insbesondere den bebnachteiligten Aktionären, der Nachweis gelingen, daß es sich bei einer Nachgründung gemäß § 207 HGB. in Wahrheit um eine vorbeabsichtigte und vor der Gründung in allem vorbereitete Sachgründung im Sinne des § 186 HGB. handelt.

Ein Reformvorschlag, der diesen Mißklang beheben will, muß sich, soweit angängig, von dem Gedanken leiten lassen, der Gesellschaft so schnell wie möglich zum Rechtsleben zu verhelfen. Für eine Bargesellschaft besteht das Problem der Verzögerung nicht in dem Maße, weil der Gründerbericht und besonders die Revisorenprüfung wegfallen. Aber das sind seltene Fälle. Häufiger wird eine Gesellschaft gegründet, bei der Grundstücke, Maschinen, Fabriken und Rohmaterial eingebracht werden und die deshalb als Sacheinbringungsgesellschaft unter § 186 HGB. fällt. Bevor

die Gesellschaft eintragungsfähig ist, vergeht hier ohnehin so viel Zeit, daß für die Eintragung selbst die Voraussetzungen nicht überspannt werden sollten, soweit es die schutzwürdigen Belange der Aktionäre irgend zulassen. Insbesondere entsteht eine starke finanzielle Belastung der Gründer schon vor Eintragung der Gesellschaft, wenn sie Geld und Anlagen bereitgestellt haben, die Gesellschaft aber noch nicht arbeitet, und die Werte unbenutzt liegen. Der Schwerpunkt der Gründung mit Einbringung von Sacheinlagen liegt eben in einem früheren Stadium als dem der Eintragung. Mehrere Unternehmer schließen sich zusammen, um einen gemeinsamen Betrieb zu eröffnen. Man berät und prüft die wirtschaftlichen Aussichten. Man setzt sich mit einer Bank in Verbindung, die wiederum durch ihre Sachverständigen einen Bericht machen läßt darüber, ob das Unternehmen Erfolg verspricht. Bei mittleren und größeren Werken vergehen mit dieser Rechen- und Prüfarbeit der verschiedenen Interessenten Monate. Die Revisoren müssen zu ihrer Prüfung Gutachten der Banken und Sachverständigen als Unterlage haben und sie ihrerseits einer Prüfung unterziehen. Während dieser Zeit liegen Geld und Sacheinlagen unbenutzt. Es bedarf danach der Prüfung, ob der in § 207 HGB. enthaltene Rechtsgedanke de lege ferenda zu einer Vereinfachung des Sachgründungsvorganges herangezogen werden kann.

1. Eine beschleunigte Eintragung und damit eine beschleunigte Nutzung des Vermögens der Aktiengesellschaft könnte erreicht werden einmal durch die Beseitigung des Gründerberichts und der Revisorenprüfung bei der Sachgründung. Hierfür setzt sich Heilbrunn[2]) ein. Er schließt aus der Tatsache, daß so häufig Nachgründungen bei vorbeabsichtigter Sachgründung unter Umgehung der Vorschrift des § 186 HGB. vorgenommen werden, daß § 186 HGB. überholt sei. Es ergebe sich ein wirtschaftliches Bedürfnis nach Aufgabe der nicht mehr zeitgemäßen Formvorschriften des § 186 HGB., dem Rechtswissenschaft und Rechtsprechung Rechnung zu tragen hätten. Aus dem Nebeneinanderbestehen des § 186 und des § 207 HGB. folgert er, daß das Gesetz zwei Wege der Sachgründung kennt, denjenigen der §§ 186 ff. und den der Nachgründung. Heilbrunn will den § 186 HGB. dem § 207 HGB. angleichen und erstrebt Beseitigung der Revisoren, da sich in § 207 HGB. alle Voraussetzungen für eine genügende Garantie fänden.

2) Hans. R.Z. 1922, 651.

Aus früheren Ausführungen[3]) ergibt sich unsere gegenteilige Auffassung von dem Verhältnis dieser Vorschriften, soweit es sich um den geltenden Rechtszustand handelt. Aber auch als gesetzgeberischer Vorschlag ist die Lehre Heilbrunns nicht zu billigen. Die Revisorenprüfung ist u. E. ein Hauptsicherungsmittel für die Solidität unserer Aktiengesellschaftsgründungen. Heilbrunns Ansicht ist vielleicht für wirtschaftlich anormale Zeiten, wie die Inflation zu halten. Eine solche Beschleunigung der Gründung ist in Zeiten eines mehr und mehr gesundenden Wirtschaftslebens nicht geboten. Und auch für die damalige Zeit mag angezweifelt werden, ob die Eilbedürftigkeit unbedingt über die berechtigten Schutzbelange der Aktionäre zu stellen war.

2. Scheidet dieser Weg aus, so geht ein anderer Vorschlag[4]) dahin, den Zeitpunkt für die Sachgründung und die Bargründung im Gesetz gleichmäßig zu regeln. Man mag in beiden Fällen die Aktiengesellschaft unmittelbar nach dem Gründungsakt und der Anmeldung ins Handelsregister eintragen, gleichgültig, ob eine Revisorenprüfung vorangegangen ist oder nicht. Um jedoch Schwindelgründungen zu verhindern, ist eine Sicherheit in bestimmter Höhe zu hinterlegen, die erst dann freigegeben wird, wenn die in §§ 191—194 HGB. geforderten Nachweise geführt sind. Auch im Falle des § 207 HGB. ist eine Sicherheitsleistung zu fordern. Wird die Sicherheit in einer vom Registerrichter vorgeschriebenen Zeit nicht erbracht, so ist die bereits eingetragene Gesellschaft von Amts wegen zu löschen. Dieser Vorschlag stammt von Liffschütz.

Er erreicht an sich das Ziel: geschwinde Eintragung, ohne daß die Sicherheit der Aktionäre außer Acht gelassen wäre. Er scheitert aber tatsächlich — wirtschaftlich an dem Problem, woher die Aktiengesellschaft die Sicherheitsleistung nehmen woll. Die Gesellschaft wird schon Mühe haben, das nötigste Geld aufzubringen, um ihre Tätigkeit beginnen zu können. Sollte die zu hinterlegende Geldsumme nämlich eine wirkliche Sicherheit bieten, dann müßte sie so hoch sein, daß an dem tatsächlichen Unvermögen der Gesellschaft, sie aufzubringen, jede Sach- und Nachgründung in weite Ferne gerückt werden würde. Der Verschlag ist daher aus praktischen Gründen abzulehnen, da keine Aussicht besteht, ihn wirksam durchzuführen.

---

3) Vgl. S. 72, 73.
4) LZ. 1927, 948.

3. Den relativ besten Weg geht der „Amtliche Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien", veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. Dort ist im § 36 der jetzige § 207 HGB. in veränderter Form aufgenommen. Entscheidend ist an dieser Anordnung, daß auch im Falle der Nachgründung die Prüfung durch Revisoren verlangt wird und daß die Zustimmung der Generalversammlung ins Handelsregister einzutragen ist.

Mit diesem Vorschlag ist der § 207 HGB. dem § 186 HGB. angeglichen, nicht sind umgekehrt, wie manche wollten, die strengen Erfordernisse des § 186 HGB. zugunsten des § 207 HGB. beseitigt. Bei der Wichtigkeit, die die Nachgründungsverträge oft für die Gesellschaft haben, ist eine regelmäßige Prüfung der Verträge durch amtlich bestellte Revisoren zu fordern. Die Gefahr einer Benachteiligung der nichtsahnenden Aktionäre ist während der ersten zwei Jahre seit Gründung der Gesellschaft zu groß, da, wie gezeigt, der Vorstand erfahrungsgemäß häufig unter dem Einfluß der Gründer steht, die nicht immer nur das Wohl der Gesellschaft im Auge haben. Ist aber eine Prüfung durch unparteiische amtliche Revisoren erfolgt, so dürfte diese Gefahr gebannt sein.

Damit die Wirkung vollkommen sei, muß der Registerrichter die Eintragung eines Vertrages verweigern, der noch nicht von den Revisoren geprüft und in Ordnung befunden ist.

Durch diese Regelung wird der Streit zwischen Kammergericht und Reichsgericht endgültig beendet. Wenn auch die gesetzlichen Voraussetzungen der Sach- und Nachgründung nicht geändert sind und damit die Grundlage für die Meinungsverschiedenheiten der beiden Gerichte beseitigt ist, so sind doch die praktischen Auswirkungen der Vorschriften beide Male die gleichen. Es ist fortan ganz gleichgültig, ob das Gericht eine Heilung der verschleierten Sachgründung nur in Form der Satzungsänderung gemäß § 186 HGB. oder in der Form des § 207 HGB. annimmt. Der wesentliche Unterschied beider Bestimmungen, nämlich das Nichtbestehen der Revisorenprüfung in § 207 HGB. gegenüber ihrem Erfordernis in § 186 HGB., ist gefallen. Sowohl § 207 HGB. als auch § 186 HGB. verlangen gleichermaßen die Prüfung der Verträge durch amtliche Revisoren.

Der Nachteil, daß eine an sich erwünschte Beschleunigung der Gründung auf diese Weise nicht erreicht wird, muß hingenommen und auf tatsächlichem Gebiet durch rasche Arbeit der Revisoren korrigiert werden. Das

Interesse der Aktionäre an Offenlegung der Sach- und Nachgründung überwiegt gegenüber dem Interesse der Aktiengesellschaft, Verluste dadurch zu vermeiden, daß Vermögen vor der Eintragung wegen des Erfordernisses der Revisorenprüfung und der dadurch hervorgerufenen Verzögerung der Eintragung nicht nutzbringend angelegt ist.

Lebenslauf.

Als Sohn des Kaufmanns Hans Jaeger wurde ich am 30. August 1907 in Berlin geboren. Vom 6. Lebensjahre ab besuchte ich die Hohenzollern-Oberrealschule in Berlin-Schöneberg und bestand dort unter Befreiung von der mündlichen Prüfung das Abiturienten-Examen Ostern 1926.

Nach der Prüfung ging ich auf ein Jahr ins Ausland, um meine Sprachkenntnisse zu vervollkommnen. Das Sommersemester 1927 studierte ich in Bonn und anschließend in Halle und Berlin die Rechtswissenschaften.

Während meiner Studienzeit hörte ich Vorlesungen bei folgenden Professoren:

Bernhard, Bilfinger, Boehmer, Dölle, Finger, Fleischmann, J. Goldschmidt, Grünfeld, Hein, Heymann, Jahn, Jecht, G. Kisch, Kitzinger, Kohlrausch, Langheineken, Ruth, Schlegelberger, R. Schmidt, Schreuer, Fritz Schultz, Titze, M. Wolff.

Das Referendar-Examen bestand ich im Jahre 1934 in Berlin. Seit dieser Zeit befinde ich mich im Vorbeitungsdienst.

Am 27. Juni 1936 bestand ich in Halle die juristische Doktorprüfung.

Es ist mir ein Bedürfnis, Herrn Professor Dr. Ruth für die wertvollen Anregungen und die Förderung der Arbeit meinen innigsten Dank auszusprechen.

Hans Jaeger.